

JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO PETITÓRIO*

PATRICIA MIRANDA PIZZOL

Advogada e Mestra pela PUC/SP

*Para que se protege a posse? Ninguém formula semelhante pergunta em relação à propriedade, porque, pois, se o faz com a posse? É porque a proteção dispensada à posse tem, à primeira vista, algo de estranho e contraditório. Efetivamente, a proteção da posse implica outrossim a proteção do salteador e do ladrão; ora, como é que o direito, que incrimina o assalto e o roubo pode reconhecer e proteger seus frutos na pessoa de seus autores? Não será isso aprovar e sustentar com uma mão o que com a outra persegue e repele?*¹

INTRODUÇÃO

Faz-se mister registrar, preliminarmente, a importância da secular discussão travada durante tanto tempo, e presente ainda

* Monografia desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto e assistência da Professora Maria Antonieta Zanardo Donato, como requisito parcial para a obtenção dos créditos relativos à disciplina Direito Civil II do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais, na sub-área de concentração de Direito Processual Civil, junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹ Rudolf Von Ihering, O Fundamento dos Interdictos Possessórios, trad. Adherbal de Carvalho, 2ª ed., Liv. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1908, p. 9.



hoje, acerca do instituto da Posse, especialmente no que tange à sua natureza. Procuramos, então, antes de adentrar propriamente ao tema objeto do presente trabalho, cuidar desse aspecto do fenômeno, fazendo uma síntese do pensamento da doutrina acerca do assunto, bem como de outros aspectos, relevantes para a introdução da questão central, como a distinção entre posse e propriedade e, por conseguinte, entre o *ius possessionis* e o *ius possidendi*, haja vista as consequências que advêm desta diferenciação, tanto no campo material quanto no processual.

Para cada categoria de pretensão, há, segundo nosso ordenamento jurídico, uma espécie de ação - pretensão fundada na posse => interdito possessório; pretensão fundada no domínio => ação dominial - donde decorre a separação entre juízo possessório e juízo petitório.

Iniciamos nosso trabalho com a tentativa de tecer um breve panorama geral do problema da posse, indicando as diversas soluções criadas pela doutrina, para a questão da sua natureza. Tendo em vista que o tema da presente monografia é a separação entre juízo possessório e juízo petitório, vimo-nos compelidos a, após concluirmos que a posse é efetivamente um direito (*sui generis*, mas um direito e não meramente um fato), distingui-la da propriedade, direito real por excelência, em cuja categoria não pode a posse ser enquadrada, sem embargo das opiniões em contrário proferidas por ilustres juristas pátrios e alienígenas.

Feito esse estudo propedêutico da matéria, podemos passar a discutir o tema central do presente, diferenciando o *ius possessionis* do *ius possidendi*. Trata-se de questão complicada, que sempre suscitou polêmicas na doutrina e na jurisprudência, face ao direito posto, haja vista a redação *infeliz* do art. 505 do nosso Código Civil, bem como a do art. 923 do Código de Processo Civil, bastante semelhante ao primeiro.

Procuramos, então, analisar os dispositivos legais supracitados, especialmente após o advento da Lei nº 6.820/80, que alterou o art. 923 do CPC, retirando-lhe a segunda parte. Diversas são as interpretações feitas por juristas renomados (civilistas e processualistas) e pelos órgãos julgadores, e foi com base neles

que chegamos a uma conclusão própria sobre como devem ser compatibilizados aqueles dois artigos.

O presente tema, conforme afirmado acima, é objeto de estudo, tanto de civilistas quanto de processualistas, configurando, na verdade, no nosso sentir, problema eminentemente processual, como a própria denominação faz crer: *juízo*.

Em virtude disso, com o desenrolar do trabalho, sobreveio a necessidade de acrescentar um capítulo sobre os limites objetivos da coisa julgada, onde tratamos, a partir de uma breve conceituação, desse instituto, das questões prévias, da ação declaratória incidental, enfocando o caráter com que se apresenta a questão do domínio em relação à posse, no âmbito das ações possessórias, para, enfim, concluir sobre a impossibilidade de propositura de ação declaratória incidental ou de reconvenção, no caso em tela.

Por fim, após deduzirmos algumas conclusões obtidas mediante o estudo dessa intrincada matéria, sem pretender, obviamente, esgotar o tema, arrolamos algumas decisões de nossos tribunais acerca deste.

Vale ainda registrar, que procedemos, em paralelo, ao estudo da questão do presente trabalho no direito positivo estrangeiro, cujo fruto se encontra consubstanciado em um capítulo específico, dada a importância do direito comparado para a compreensão dos fenômenos jurídicos em geral.

CAPÍTULO I

POSSE: PANORAMA GERAL

1.1 - TEORIAS DA POSSE

O estudo dessa questão, preliminarmente, uma rápida abordagem das teorias possessórias. Assim, cumpre-nos tecer algumas considerações acerca *das Teorias Subjetiva*, de Savigny e *Objetiva*, de Ihering. Embora outras tenham se desenvolvido, são essas as mais importantes, na atualidade, funcionando como base para os diversos ordenamentos jurídicos por todo o mundo.

1.1.1 - TEORIA SUBJETIVA

Segundo a *Teoria Subjetiva*, pressupõe a posse uma coisa submetida à vontade, considerando Savigny a tangibilidade física daquele elemento essencial a toda aquisição de posse e a vontade de ser dono, fator preponderante à configuração desta. Assim sendo, procedeu o autor à bipartição dos elementos integrantes da posse em:

- a) *corpus* - a relação de proximidade física da pessoa com a coisa;
- b) *animus domini* - a intenção de ser dono (aspecto subjetivo da teoria).

De acordo com a *Teoria Subjetiva*, sem o concurso desses dois elementos, não há posse. Trata-se de instituto autônomo e que se configura pela união indispensável do *corpus*, (fato exterior) e *animus*, (fato interior). É o poder de dispor, fisicamente, da coisa com o *animus rem sibi habendi*, defendendo-a contra a intervenção de terceiros.

A razão pela qual se denomina esta posse subjetiva é justamente a necessidade de se perquerir sobre a intenção do sujeito de ser dono da coisa. Isso significa que o *corpus* exige, para sua integração, a disponibilidade da coisa, a possibilidade direta e imediata de submetê-la a seu poder físico, à exclusão de toda intervenção estranha.

Entende Savigny que, se não existe a vontade de ter a coisa como própria, haverá simples detenção, a qual, não sendo verdadeiramente posse, em vista da ausência do *animus domini*, não produz efeitos jurídicos, (interditos possessórios). Diz, assim, que a essa posse desfigurada contrapõe-se à posse civil, resultante da conjugação dos elementos *corpus* e *animus*.

De acordo com a *Teoria de Savigny*, segundo a qual somente há posse quando o possuidor tem vontade de ser dono, o *animus*

possidendi nada mais é que o próprio *animus domini* ou *animus sibi habendi*². No mesmo sentido, Pontes de Miranda³.

Ocorre, contudo, que o nosso Código Civil adotou em linhas gerais a *Teoria Objetiva da Posse* (Ihering), conforme se verá no próximo item (1.1.2); logo, não se há de confundir *animus possidendi* com *animus domini*, (nem tampouco com *animus possessionis*, é óbvio). A posse, segundo esta teoria, é um poder de fato, inerente ao domínio.

Assim, o possuidor sem domínio sobre a coisa, tem o chamado *ius possessionis*, ou seja, a posse pela posse; de outro lado, o possuidor que é também titular do domínio, tem o *ius possidendi*, que é a posse a título de domínio. Pode-se dizer, desse modo, que o *ius possidendi* integra o *ius domini*:

*Assim é que o proprietário, que enfeixa em suas mãos o ius possidendi e o ius possessionis - a plena potestas, pode desdobrar sua posse em posse direta e posse indireta*⁴.

Para Savigny, a posse é um fato e um direito, ao mesmo tempo, haja vista as conseqüências jurídicas que gera, conforme se verá adiante.

1.1.2 - TEORIA OBJETIVA

A *Teoria Objetiva*, por sua vez, para ser explicada, requer que se diferencie posse de propriedade, pois, para Ihering, esses dois institutos são complementares entre si. Há entre os dois uma correlação extensiva - os limites para a possibilidade de propriedade são os da posse, ou seja, onde aquela é possível, esta também o será, sendo inadmissível.

² Darcy Arruda Miranda, Anotações ao Código Civil Brasileiro, Vol. 2, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986, p. 7.

³ (...) o *animus possidendi* é apenas o *animus sibi habendi*. Só o poder fático do proprietário, que o não proprietário, tendo o *animus sibi habendi*, também tem, criaria a posse. (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 10, 3ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, p. 26.

⁴ Darcy Arruda Miranda, ob. cit., p. 7.

A proteção da posse é, assim, como exterioridade da propriedade, complemento necessário à proteção desta. Ihering, diferentemente de Savigny, elenca os seguintes elementos, enquanto indispensável à posse:

a) corpus - relação de subordinação, de aproveitamento econômico da coisa pelo possuidor, e não de proximidade física. É esse uso econômico, normal da coisa, o qual permite que ela cumpra a função econômica a que se destina, que caracteriza a posse.

Quando o objetivo está nessa conjuntura, exercendo a função econômica que lhe é intrínseca, que lhe foi destinada da sua criação, há posse, mesmo que não haja detenção física. O contexto determina a existência da posse, segundo Ihering.

b) affectio tenendi - implica a coisa ser vista exteriormente, com a afetação de ter, ou seja, tratando dessa coisa de modo que alguém, visualizando aquela situação, tem a impressão de que tal pessoa é possuidora; compreende, assim, a relação de afetação entre a coisa e a pessoa, de tal forma que resta demonstrada a inexistência de abandono;

c) animus - segundo Ihering, o animus, (\neq animus domini) é inseparável do corpus, ou seja, ocorrendo o aproveitamento econômico da coisa, há relação possessória e, com ela, nascem animus e corpus.

Basta, portanto, para que exista *animus*, que alguém se porte, em relação à coisa, como se portaria, se proprietário fosse (*corpus*), isto é, trata-se de uma relação que pode ser observada externamente; não é um aspecto interno da posse, como na *Teoria Subjetiva*.

Vale transcrever trecho da obra de Saleilles que bem explica essa questão:

(...) cualquiera que sea la relación de hecho que determinemos esta relación es un estado intencional y querido

*que descansa, por conseguinte, en un primer acto de voluntad del que lo ejerce*⁵.

Desse modo, para a Teoria Objetiva, sempre que houver *corpus* e *affectio tenendi*, há posse, exceto quando uma norma, *objetivamente*, disser que naquele caso específico não há posse (casos de detenção).

Consoante assevera Pontes de Miranda⁶, segundo a *Teoria Objetiva da Posse, corpus e animus são inseparáveis, como a palavra e o pensamento*, verificando-se, assim, a presença deste também na detenção, diferentemente do que ocorre em se tratando da *Teoria Subjetiva*.

É denominada *Objetiva* essa teoria, porque tem a lei como fator excludente da posse, diferentemente da *Subjetiva*, que toma como excludente da posse o *animus domini*.

A Teoria Objetiva pode ser identificada no Código Civil, no art. 485, tendo em vista a utilização, pelo legislador, de um critério objetivo (aproveitamento econômico) ao definir possuidor como *aquele que exerce um dos poderes inerentes à propriedade*.

*O legislador pátrio consagrou a segunda teoria (objetiva) em nossa lei civil (art. 485), se bem que fazendo certas concessões à teoria subjetiva (v.g., art 493, I, 1ª parte).*⁷

Também o art. 487 (combinado com o 497), ambos do referido diploma legal, demonstra que a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico foi a Objetiva, quando exclui a posse nos casos previsto em lei. Tais casos não induzem em posse,

⁵ Raymundo Saleilles, La Possession, trad. J. M. de Palencia, Libreria General de Victoriano Suarez, Madrid, 1909, p. 10. E continua afirmando: *O animus e o corpus, em matéria possessória, não são mais do que os dois aspectos de uma mesma relação. O animus é o propósito de servir-se da coisa para suas necessidades e o corpus, a exteriorização deste propósito (...). O corpus não é, portanto, uma simples relação material, a de ter uma coisa em seu poder real, mas a manifestação externa da vontade, e, por conseguinte, não se verifica sem o animus, que é o propósito exteriorizado, o fato visível mediante o corpus.*

⁶ cf. Pontes de Miranda, ob. cit., p. 31, para Ihering, *não há diferença entre a posse e a detenção, apenas a lei cria causae detentionis. A posse é a regra. Teoria essencialmente negativa: detenção é a posse que se recusa os interditos (...).*

⁷ Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 1994, p. 107.

simplesmente, porque a Lei assim o determina, sendo esta, a excludente da posse. Não é, conseqüentemente, o *animus domini* o fator determinante da existência ou não da relação possessória (Teoria Subjetiva).

1.2 NATUREZA JURÍDICA - CONCEITOS

Diversos são os conceitos de posse elaborados pela doutrina pátria e alienígena. Antes de apresentarmos a nossa própria definição, cumpre fazer uma breve síntese do pensamento de alguns juristas, a fim de demonstrar qual o panorama geral da presente discussão - quais os pontos relevantes acerca da questão, em que concordam os autores e onde divergem.

Vale ressaltar, quanto à natureza da posse, a assertiva feita pelo Professor Marcato⁸, no sentido da importância da definição da natureza jurídica da posse, em termos pragmáticos: *A fixação da natureza da posse não representa um simples exercício acadêmico, mas, ao contrário, repercute sensivelmente no posicionamento a ser adotado em face do Direito positivo (...). Entendendo-se que a posse é um direito pessoal, desnecessária a outorga, à parte casada, do consentimento do cônjuge, bem como a citação deste, para as ações possessórias; entendida como direito real, exercido erga omnes (contra todos), incidem plenamente as regras previstas no art. 10, caput, e no seu parágrafo único, I, do CPC.*

Segundo assevera Jackson Rocha Guimarães,⁹ em artigo intitulado *A Exceção de Domínio nas Ações Possessórias*,

⁸ Marcato, ob. cit., pp. 107-8. Vale frisar que o art. 10 supra referido foi alterado pela Lei 8.952/94, sendo-lhe acrescido o § 2º, com o seguinte teor: *Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de atos por ambos praticados*". Segundo o Professor Cândido Rangel Dinamarco (*A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 1995, pp. 48-9), a inclusão deste parágrafo se prestou justamente a eliminar a dúvida ainda existente na doutrina e na jurisprudência quanto à natureza da posse, vindo a lei, com esse preceito, tomar partido pela corrente que nega à posse o caráter de direito real.

⁹ Jackson Rocha Guimarães, *A Exceção de Domínio nas Ações Possessórias - O Art. 505 do CC Brasileiro*, in RT-627/30, p. 31.

enquanto a posse é poder de fato, a propriedade é poder de direito, donde se infere que as ações que tutelam os dois institutos apresentam características próprias:

(...) no juízo possessório, discute-se o jus possessionis, isto é, o direito à posse nascido da própria posse; no petitório, o jus possidendi, ou seja, o direito à posse emanado do direito de propriedade ou de seus desmembramentos (...). Portanto, a separação entre os juízos possessórios e petitório é consequência da diferença entre a posse e a propriedade.

Clóvis Beviláqua,¹⁰ por sua vez, afirma que a posse é um estado de fato e a propriedade como um estado de direito, dizendo respeito, ambos fenômenos, *à apreensão e utilização das coisas no mundo externo, para a satisfação das necessidades do homem*. Mas, mesmo considerando a posse *um estado de fato*, o que é realmente inegável, atribui o eminente jurista ao instituto a natureza de um *direito especial*, em razão da proteção conferida pela lei, ao seu titular, na hipótese de ser ela violada injustamente.

Segundo Moreira Alves,¹¹ a posse compreende uma *modalidade de relação entre pessoa e coisa*. Não é apenas mediante o poder que o possuidor exerce sobre a coisa que se pode verificar a existência da situação de posse, mas também através das atitudes do possuidor com relação àquela, haja vista a necessidade de que ela aja como se proprietário fosse *affectio tenendi*, para que se configure a situação de posse. A fim de verificarmos esse fato, aponta o renomado autor, na esteira de Ihering, um critério a ser utilizado:

*Pergunte-se como o proprietário tem o hábito de agir com suas coisas, e se saberá quando admitir a posse e quando rejeitá-la*¹².

¹⁰ Clóvis Beviláqua, *Direito das Coisas*, vol. I, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 17.

¹¹ José Carlos Moreira Alves, *Posse*, vol. II, 1º Tomo, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991, pp. 30-31.

¹² Ihering, *Eine Revision der Lehren von Besitz*, p. 193, *apud* Moreira Alves, *ob. cit.*, p. 20.

Sustenta o autor supra-referido¹³ que a solução da questão da natureza jurídica da posse, (direito ou fato?) pressupõe a consideração de diversos aspectos.¹⁴

*O problema, em verdade, surge da circunstância de a posse poder ser encarada por dois aspectos diversos: o estado de fato - que é a relação entre a posse e a coisa, qualquer que seja a conceituação que lhe dê - e as consequências jurídicas - que resultam desse estado de fato, que, por se projetarem em face de outras pessoas, integram relações jurídicas.*¹⁵

Segundo alguns autores, como Dernburg e Pontes de Miranda,¹⁶ a posse é um fato que se encontra fora do mundo jurídico.

Para Savigny, a posse é fato e direito, haja vista a proteção que a ordem jurídica lhe confere. Segundo este jurista, o fato de a posse ser protegida lhe atribui o caráter de relação jurídica, o que é sinônimo de direito.

Para Ihering, a posse, enquanto interesse juridicamente protegido (direito), apresenta natureza real.

¹³ Moreira Alves, ob. cit., pp. 75-80. Tais aspectos podem ser assim sintetizados: 1) a posse e a titularidade do direito - se estão juntos, esta indica que *o direito pertence* e aquela que *esse direito é exercido de fato*; 2) a posse é um *estado de fato*, o que importa dizer que esse fato tem de ser duradouro, pois, cessando este, cessa também a proteção, na hipótese de violação; 3) o estado de fato *surge sempre de um ato que, em si mesmo, é contrário ao direito* (contrário ao direito subjetivo de alguém, sobre a coisa objeto da posse), embora nem sempre seja um *ilícito absoluto*; 4) instituto da *accessio possessionis*; 5) esse estado de fato é disciplinado pelo direito objetivo, daí ser considerado um instituto jurídico (a posse resulta, consoante afirma Finz, *de um complexo de relações jurídicas e do complexo de fatos que a determinam, a modificam ou a desfazem*; 6) a posse, enquanto instituto jurídico, é protegida por meio das ações possessórias, *ex occasione*; 7) os interditos possessórios permitem a defesa da posse perdida (ação reintegratória), enquanto que *as ações que tutelam o direito subjetivo, as quais pressupõem, sempre, a existência dele*.

¹⁴ Trata-se, segundo o autor, de questão dogmática e que, portanto, deve ser resolvida *à luz do sistema jurídico e não como questão de direito puramente abstrata*. Ressalta a importância dessa questão no campo da pragmática, não se podendo, por conseguinte, tratá-la como se fosse meramente teórica: (...) *tem sua importância para a doutrina da aquisição e da perda, da transmissão e da sucessão da posse, e também para a compreensão de institutos que têm base na posse, como tradição* (Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, vol. III, p. 177, *apud* Moreira Alves, ob. cit., p. 95).

¹⁵ *Idem*, p. 80.

¹⁶ *apud* Moreira Alves, ob. cit., p. 100.

Afirma Cornil, para justificar seu entendimento (semelhante ao de Ihering), que a posse apresenta o caráter de direito por ser protegida pela ordem jurídica, ressaltando que a posse tem uma característica especial, que a difere dos demais direitos subjetivos, como a propriedade e a obrigação, porque nela o fato gerador do direito e o próprio direito se confundem:

*O direito nasce com o fato e desaparece com ele, não existe senão enquanto o fato existe.*¹⁷

Outros autores, como Schey, entendem que a posse é um direito subjetivo, mas não é absoluto como os direitos reais e sim relativo, dado o seu caráter provisório.¹⁸

Dentro do sistema jurídico pátrio, não podemos afirmar que a posse seja um direito real, como fazem tais autores, por vários motivos, mas, especialmente, porque não vem ela elencada no art. 674 do CC, no rol dos direitos reais e, como o regime jurídico dessa categoria de direitos é o do *numerus clausus*, não podem as pessoas criar direitos reais que não tenham sido criados pela lei nem modificar aqueles que esta fez surgir.¹⁹

*Exercício de fato de um poder é o exercício que não se funda em um direito. A posse, considerada em si mesma, funda-se em um mero fato, se apresenta como estado de fato; mas, uma vez firmada nela a ordem jurídica, em atenção à paz social e à personalidade humana, respeita o que ela aparenta ser, reconhece o ius possessionis, o direito de posse, que os interditos defendem. Eis a explicação desta forma especial do direito. É um interesse que a lei protege; portanto, é um direito.*²⁰

¹⁷ Cornil, *Traité de La Possession Dans le Droit Romain*, § 1º, p. 7, apud Moreira Alves, ob. cit., p. 89.

¹⁸ "Circunstância essa que, para eles, não lhe retira a natureza de direito subjetivo, adstringindo-se apenas a distinção de grau (Schey, apud Moreira Alves, ob. cit., p. 97).

¹⁹ Faz-se mister lembrar, contudo, que o fato de a posse não constar do rol dos direitos reais (art. 674 do CPC) não é um argumento definitivo, de vez que, no Código Austríaco, p. ex., a posse é considerada direito real, mas a doutrina e a jurisprudência não lhe atribuem essa natureza.

²⁰ Moreira Alves, ob. cit., pp. 98-9.

Para Moreira Alves, não pode, porém, ser a posse enquadrada na categoria dos direitos reais, considerando-a, isto sim, uma *manifestação de um direito real, seja a propriedade ou um de seus desmembramentos*; daí chamá-lo de *direito especial*, que não se subsume à categoria dos direitos subjetivos, assumindo, isto sim, a *posição* de direito.

Uma das características apontadas pela doutrina como indicador da natureza jurídica da posse, que a diferem de um simples fato, é a tutela do Estado, de vez que, se estivesse a posse fora do direito, não seria o Estado-Juiz chamado a solucionar os conflitos com ela relacionados, mediante da tutela jurisdicional pleiteada, através dos interditos possessórios.

Nesse sentido, manifesta-se Moreira Alves, citando passagem da obra e Bonfante.²¹

Seja o direito subjetivo um interesse, um bem, um poder, o elemento característico e comum às várias definições, que o distingue dos poderes, dos bens, dos interesses que estão fora do direito, é a garantia do Estado, é a coação contra os transgressores.

Outro ponto que nos parece relevante, no sentido de ser a posse um direito, mas não real, é o seguinte: sendo o proprietário (e possuidor direto) esbulhado na sua posse, pode ele valer-se da ação reivindicatória e também da ação de reintegração de posse; se a posse fosse um direito real, seria ela absorvida pelo direito de propriedade, o que não ocorre, haja vista a separação existente entre o *ius possidendi* e o *ius possessionis*, conforme se verá adiante.

Há, ainda, quem procure enquadrar a posse em outras categorias de direito, que não a dos direitos reais e pessoais, buscando uma solução no Direito Público, quais sejam, a categoria dos interesses legítimos e dos direitos enfraquecidos, (também chamados de direitos condicionados).

²¹ Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, vol III, pp.177-8, *apud* Moreira Alves, ob. cit., pp. 102-3.

Lafayette,²² seguindo a doutrina preconizada por Savigny, sustenta que *a posse consiste no poder de dispôr physicamente da cousa, com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiro*, afirmando ser ela um direito, por força dos efeitos que gera (direito de invocar os interditos possessórios, que segundo o autor, é um direito puro, desligado de todo o elemento material, isto é, do poder *physico actual sobre a cousa*), e um fato, em razão da detenção.

Consoante Washington de Barros Monteiro,²³ deve a posse ser considerada sob dois pontos de vista: a) enquanto *senal exterior da propriedade (jus possidendi)*, constituindo um dos elementos desta; b) considerada isoladamente, enquanto instituto distinto da propriedade, hipótese em que cumpre responder à questão da natureza da posse - direito ou fato?

Cita o referido autor o entendimento de Savigny (fato e direito pessoal), de Ihering (interesse juridicamente protegido, ou seja, *instituição jurídica tendente à proteção do direito de propriedade*, incluindo-se, assim, entre os direitos reais) e de Clóvis Beviláqua (direito especial, estado de fato protegido pela lei em atenção à propriedade), embora em páginas anteriores já estivesse deixado claro seu posicionamento acerca da questão, no sentido de que se trata de direito real, apesar de não estar incluso no rol do artigo 674 do Código Civil.²⁴

Vale trazer à colação o posicionamento de Serpa Lopes, de vez que procura ele sintetizar as várias definições elaboradas pela doutrina.²⁵

²² Lafayette, *Direito das Coisas*, p. 7.

²³ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 20-21

²⁴ Idem, p. 13

²⁵ Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, Livraria Freitas Bastos S/A, RJ-SP, 1960, apud Jefferson Daibert, *Direito das Coisas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 27. a) *a posse é definida como sendo um poder de fato, pois que o seu aspecto exterior se manifesta como um puro estado de fato, em que o seu titular exercia, plenamente ou não, os poderes inerentes ao domínio; b) não basta, entretanto esse puro estado de fato, este comportamento material, objetivo, traduzido pela palavra corpus, porque, se assim fora, se tornaria indistinguível o*

Também J. D. Figueira Júnior,²⁶ ao tratar da natureza jurídica da posse, elenca as diversas opiniões, acerca desse instituto jurídico, concluindo, ao final, tratar-se a posse de *um poder de ingerência e de disponibilidade sócio-econômica, exercido pelo titular da relação fática sobre um bem da vida em toda a sua intezeza e pureza sem qualquer comprometimento com o mundo jurídico (em especial, os direitos reais), existindo em si e por si mesma*.²⁷

A posse tem sido concebida das maneiras mais variadas possíveis: um fato; um estado de fato; um fato que gera consequências jurídicas; uma situação de fato a que a lei confere efeitos jurídicos especiais; um estado de fato e, ao mesmo tempo, um direito especial; (...) o suporte fático possessório (Besitztatbestand), que permanece pronto para a entrada no mundo jurídico quando se dê o ato ou fato que o suscite (...) (não é efeito jurídico, nem soma de efeitos jurídicos); a efetividade jurídica apoiando-se na realidade social; não um direito, embora o possuidor possa requerer a tutela jurisdicional do Estado-Juiz; (...) um instituto jurídico, ainda que imperfeitamente acabado (...); um direito real; um direito pessoal; um direito real e pessoal; um direito revestido de um aspecto sui generis; um fato e um direito; um direito subjetivo; um poder (de fato); um interesse legítimo; um direito enfraquecido; ou uma simples situação expectativa de um direito subjetivo.

possuidor do simples detentor de coisa alheia, mas cumpre se considere esse elemento subjetivo - animus - como uma figura distinta ao lado do corpus, como pretende Savigny, quer seja encarado como o pretende Ihering, como insito ao próprio comportamento do possuidor, cujo modo de ser já indica, por si mesmo, esse conceito anímico; c) a posse como estado de fato, gerando consequências jurídicas e sobretudo uma proteção, pode ou não encontrar-se fundada numa situação jurídica, pois, de qualquer modo, unida ou não ao titular do domínio, é ela sempre considerada pelo Direito.

²⁶ J. D. Figueira Júnior, *Posse e Ações Possessórias*, vol. I, Juruá, Curitiba, 1994, pp. 115 e ss.

²⁷ Idem, p. 137.

No nosso sentir, deve a posse ser concebida como um direito, especial ou *sui generis*,²⁸ que, embora se assemelhe aos direitos reais, não pode ser encartado nesta categoria por não apresentar todas as características dos direitos reais, em especial, a de não constar do elenco do artigo 674 do C.C., a de prescindir do registro, a de não ser oponível contra todos, dentre outras.

Trata-se, não há dúvida, de um estado de fato, mas não pode considerá-la apenas um *fato*, haja vista a proteção que lhe confere o Direito, através dos interditos possessórios, em atenção ao direito de propriedade e a outros direitos reais (vale, aqui, consignar que não se pode falar em propriedade, sem se enfocar, especialmente, sua relevante função social), além da possibilidade de ensinar a aquisição do domínio, por intermédio do usucapião.

Nesse sentido, é a opinião de Roberto Bolonhini Jr.²⁹:

Em conclusão, entendo ser a natureza da Posse em nosso país, tendo em vista o Código Civil, um direito especial cujo fundamento dos interditos se assenta na aparência da propriedade (ou de outros direitos reais) e, por conseguinte, na defesa da paz social.

Com se vê, muitos são os conceitos de posse elaborados pela doutrina. Vejamos, agora, como o legislador vem definindo a posse, no Brasil e em outros países (embora não seja da essência da lei trazer no seu bojo conceitos, nesse caso, como em muitos outros, o legislador se preocupou em fazê-lo).

Assim dispõe o artigo 485 do Código Civil brasileiro:

Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.

Nos ordenamentos jurídicos alienígenas, também encontramos definições de posse. No Direito Alemão, por exemplo, vem consignada no § 854 do Código Civil (*posse é o poder de fato de*

²⁸ Em verdade, no direito moderno, a posse é um instituto *sui generis* (cf. Moreira Alves, ob. cit., p. 122).

²⁹ Roberto Bortonhini Jr., *A Posse segundo a Teoria de Von Ihering e o Código Civil Brasileiro*, in Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP, nº 1, p. 196.

*uma pessoa sobre uma coisa (...) e, no Direito Italiano, no artigo 1.140 do Código Civil (A posse é il potere sulla cosa che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà di un altro diritto reale).*³⁰

CAPÍTULO II

DISTINÇÃO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE

Em verdade, essa questão já foi abordada por ocasião da definição do conceito de posse, tendo em vista que o principal escopo da proteção legal à posse é a proteção imediata ao direito de propriedade, entretanto, é mister, a nosso ver, dar um enfoque especial a esse ponto, por força da relação direta existente entre este e o tema central do presente trabalho.³¹

Afirma, com propriedade, o Desembargador Renan Lotufo, em artigo sobre a chamada *Exceção de Domínio*, citando Emílio Albertário,³² que *o único ponto pacífico na controvertida teoria possessória pode dizer-se que seja o paralelismo entre a posse e a propriedade*, lembrando que, na atualidade, esse paralelismo não se restringe mais ao direito material, estendendo-se também ao campo do processo, tendo em vista a *absoluta distinção entre o possessório e o petitório*.

*Portanto, a separação entre os juízos possessórios e petitório é consequência da diferença entre posse e propriedade.*³³

Assim, pode-se elencar, dentre outras, as seguintes diferenças entre posse e propriedade:

³⁰ Jefferson Daibert, ob. cit., p.26

³¹ Consoante assevera Renan Lotufo (*Da Exceção de Domínio no Direito Brasileiro*", in *Posse e Propriedade*, Saraiva, São Paulo, 1987, p. 687), *todo e qualquer estudo relativo à posse sempre traz conotação com a propriedade*.

³² Emílio Albertario *apud* Renan Lotufo, ob. e p. cit.

³³ Jackson rocha Guimarães, cit., p. 31

a) a propriedade é direito real; a posse é um direito especial, *sui generis*, embora ambas integrem a categoria dos direitos das coisas;

b) a aquisição da posse se dá pelo simples exercício do poder de fato da pessoa sobre a coisa, (relação entre a pessoa e a coisa = poder/sujeição), pela simples apreensão da coisa.³⁴

Para que se adquira propriedade sobre um bem, é mister a existência de título que obedeça aos requisitos determinados pelo ordenamento jurídico.³⁵

Consoante assevera Josserand,³⁶ *los medios de adquirir la propiedad están cuidadosamente definidos por la ley; son numerosos y variados, mientras que la adquisición de la posesión afecta un carácter genérico.*

A posse é, na verdade, *tutelada independentemente do direito ou do título do qual deriva; é protegida pelo fato existente entre pessoa e coisa. As ações possessórias tendem a proteger aquela situação de fato que é a posse, independentemente da averiguação do direito à posse, que é indagação reservada ao juízo petitório*³⁷

c) O Código Civil, ao cuidar da posse, o fez em capítulo separado daquele dos direitos reais, onde se insere a propriedade.

d) O direito de propriedade é tutelado por intermédio das ações petitórias, enquanto que o direito de posse o é através das

³⁴ Consoante já afirmado, enquanto para Savigny a posse requer a apreensão física da coisa, para Ihering, a aquisição da posse se dá pela realização econômica da coisa.

³⁵ *O domínio não se pode adquirir senão por título justo e d'uma maneira conforme ao Direito (...) A posse, porém, não tem por fundamento um direito anterior de que ela seja a consequência e manifestação; instaura-se pela simples aquisição do poder physico de dipôr da cousa (...), cf. Lafayette, ob. cit., p. 9.*

³⁶ Josserand, *Derecho Civil*, vol. 3º, Tomo I, Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, p. 75.

³⁷ J.D. Figueira Jr., ob., cit., p. 133. A partir da assertiva transcrita, pode-se visualizar a importância de se distinguir posse e propriedade para o fim de discorrer acerca da separação entre juízo possessório e juízo petitório.

ações possessórias, esta versa, portanto, o direito de posse e aquela à posse.

*(...) quando a discussão travada no processo versar sobre o domínio, e não sobre a posse da coisa a ação será petítória (Juízo petítório), nada tendo a ver com as ações ditas possessórias, estas sim, versando sobre a posse (...) De fato, não se pode confundir o ius possessionis (direito de posse) como o ius possidendi (direito à posse). Se a ação versar sobre o direito de posse, terá natureza possessória; versando sobre o direito à posse, a natureza será petítória.*³⁸

e) Somente se perde a propriedade, mediante a vontade do proprietário, ressalvadas as hipóteses de usucapião e desapropriação (aquisições originárias, que prescindem da vontade, enquanto que a perda da posse de um imóvel se dá com o simples exercício de fato de outra posse, por parte de uma outra pessoa (ou, na hipótese de coisa móvel, pelo simples furto ou roubo desta, passando o *ladrão* a ser o seu possuidor).³⁹

CAPÍTULO III

PARALELO ENTRE OS ARTIGOS 505 DO C.C. E 923 DO C.P.C. (ALTERADO PELA LEI Nº 6.820/80)

Depois de desenvolver tais premissas, podemos analisar os artigos 505 do Código Civil e 923 do Código de Processo Civil, bem como a Lei nº 6.820/80, que revogou a 2ª parte do art. 923 supracitado.

³⁸ Marcato, ob. cit., p. 109 e nota 93

³⁹ *La propiedad se pierde más difícilmente que la posesión y esto aun en materia inmobiliaria; no se la concibe fuera de la voluntad del propietario, reserva hecha de la usucapión que implica, de parte de un tercero, na larga posesión...* (Josserand, ob. cit., p. 76).

(...) *Sólo cuando otro lo descubre y se lo lleve, robándolo, o bien porque crea que estaba perdido, cesará mi posesión* (J. W. Hedemann, *Derechos Reales*, vol. II, trad. J. L. Díez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, p. 65).

De acordo com o disposto na primeira parte do artigo 505 do Código Civil, é rígida a separação entre juízo petitório, de vez que a alegação de domínio, ou de outro direito, sobre a coisa não impede a manutenção ou a reintegração na posse. Na segunda parte desse dispositivo legal, no entanto, encontra-se consubstanciada a impossibilidade de a posse ser julgada favoravelmente a quem não tem o domínio.⁴⁰

Segundo afirma Clóvis Biviláqua, a origem desse preceito se encontra nos arts. 817 e 818 da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas,⁴¹ tendo este dispositivo, que deu origem à segunda parte do art. 505, nascido de uma interpretação errada dada ao assento de 16-2-1786:

⁴⁰ Compara J. D. Figueira Júnior, ob. cit., pp. 51-52, o texto do artigo 505 do CC com as reformas propostas para esse diploma legal, constantes do Projeto de Lei 634-B:

No tocante à *exceptio dominii*, seguiu-se, no Projeto, mais uma vez, a doutrina dominante, suprimindo essa tão criticada forma de exceção e que sempre representou um inaceitável confronto com a natureza (puramente interdita) da lide possessória, dispondo apenas no § 2º do art. 1.211 que *não obsta a manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*.

Porém, ousamos discordar da fundamentação apresentada pelo Prof. Miguel Reale, segundo o qual a retirada da *exceptio dominii* pela Comissão Revisora e Elaboradora do Projeto de Lei nº 634/75 consistiria em *ter reconhecido a natureza adjetiva da segunda parte da disposição contida no citado art. 505...* Argumentação dessa espécie não há de prosperar porque dita exceção não é matéria de direito adjetivo (formal ou instrumental), mas de direito substantivo (material ou substancial), pois é utilizável como mecanismo de defesa, para contraposição ao mérito da causa (questão de fundo).

Data maxima venia, não concordamos com o ilustre autor, parecendo-nos ter o preceito contido na 2ª parte do art. 505 do CC conteúdo eminentemente processual. Nesse sentido, manifesta-se Josserrand (ob. cit., p. 76): "Se trata de un regla de procedimiento que tiende a realizar la independencia judicial de la posesión con relación a la propiedad; está en unciada y desarrollada en los artículos 25 y 27 del Código de Procedimiento. Assim também Renan Lotufo (cit., pp. 692, 703 e 705): *Tem-se, pois, que a disposição é dada como de cunho eminentemente processual a inaceitação do Código Civil como sede de tais dispositivos sempre foi a disposição dos processualistas, ainda que alguns civilistas a entendam correta*.

No que concerne ao projeto de lei supra-referido, observa Jackson R. Guimarães (cit., p.37) que, verificando-se a alteração pretendida, *estaria banida do Direito brasileiro a exceção de domínio ou propriedade*, introduzindo-se no sistema uma separação nítida entre o juízo possessório e o petitório, de tal modo que em nenhuma hipótese se admitiria a invocação da propriedade ou de outro direito sobre a coisa em sede possessória.

⁴¹ Art. 817. *Não se admite nas ações de força a defesa fundada em domínio, ou em outro qualquer direito, que se alegue Ter sobre a coisa esbulhada.*

Art. 818. *Todavia, não se deve julgar a posse em favor daquele a quem se mostra evidentemente que não pertence a propriedade.*

O art. 505 do C.C., ou, mais precisamente, a sua Segunda alínea, já nasceu sob a égide da controvérsia. Desde o início da vigência de nossa legislação civil diversos juristas brasileiros contestaram a solução adotada de se permitir, nas ações de manutenção e de reintegração na posse, a exceção de domínio.⁴²

No mesmo sentido, dispunha o art. 923 do CPC, antes da alteração introduzida pela Lei nº 6.820/80, *na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como o réu, intentar ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.*

O preceito contido no art. 923 assemelha-se muito, como se vê, àquele contido no art. 505, sendo sua primeira parte interpretada no mesmo sentido supra, ou seja, enquanto previsão legal da separação dos juízos possessórios e petitório. Assim, da mesma forma que com relação àquele dispositivo, restou a dúvida acerca da interpretação hábil a compatibilizar as duas partes do artigo em tela:

De fato, o texto da maneira como ficou redigido, apresenta contradição insanável. Se a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa não impede a manutenção ou a reintegração na posse, como julgar a posse em favor daquele a quem pertencer evidentemente o domínio?⁴³

Como compatibilizar, porém, a separação dos juízos possessório e petitório com a impossibilidade de se julgar a posse em favor de quem evidentemente tem o domínio?

A resposta dada pela jurisprudência se resumia na súmula 487 do STF, segundo a qual *será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for disputada*, entendendo-se, assim, que, quando a lei falava nas ações

⁴² Jackson Rocha Guimarães, cit., p. 33.

⁴³ Idem, p. 34.

possessórias de manutenção e reintegração queria se referir, exclusivamente, às hipóteses em que a posse estivesse sendo discutida a título de domínio.⁴⁴

Com o advento do diploma legal supra-referido (Lei nº 6.820/80), revogando a segunda parte do artigo 923 do CPC, sobreveio a dúvida sobre se a segunda parte do art. 505 do CC permaneceria em vigor (para aqueles que entendiam que os dois dispositivos coexistiam no mundo jurídico)⁴⁵ ou se ela teria recuperado sua vigência com a derrogação do dispositivo da Lei Processual (segundo aqueles que sustentavam que o dispositivo do CPC havia revogado o do CC).⁴⁶

Com relação ao segundo posicionamento apontado, trata-se de interpretação totalmente inadmissível, face ao ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a vedação do fenômeno da repristinação.⁴⁷

Quanto ao primeiro entendimento, embora seja sustentável tal interpretação, parece-nos totalmente despidianda a segunda parte do artigo 505 do Código Civil, que pretendem os adeptos desta tese, manter em vigor. Desde o advento do Código Civil, criou-se uma celeuma em torno da compatibilização entre as duas partes desse dispositivo, a qual veio a culminar na súmula 487

⁴⁴ Segundo a conclusão LXXIII do Simpósio de Curitiba, realizado em outubro de 1975, o art. 923 só se refere a ações possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio. v., a respeito, a Súmula 487 do STF, cf. Marcato, ob. cit., p. 113, nota 96.

⁴⁵ J. D. Figueira Júnior (ob. cit., pp. 298-299) entende que o art. 505 do CC não foi revogado pelo citado diploma legal.

⁴⁶ Consoante afirma Ovídio Baptista da Silva (Curso de Processo Civil, vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 204), a questão de saber se o art. 505 do CC ainda vigora em sua concepção primitiva ou se, tendo vindo o Código de Processo Civil a disciplinar a mesma matéria, tê-lo-ia revogado é ainda hoje discutida na doutrina e jurisprudência, verificando, porém, o autor, a tendência de prevalência do entendimento de que a segunda parte do referido dispositivo não existe mais em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, conforme assevera o ilustre jurista, ainda que se entenda pela revogação da segunda parte do art. 505, não se pode negar a possibilidade de oposição da chamada *exceptio dominii* em certos casos.

⁴⁷ A isto tem que chegar porque, admitida a revogação parcial do art. 505 do Código Civil pela interpretação do primitivo art. 923 do Código de Processo Civil, a nova redação deste, suprimindo às claras o texto incompatível com a segunda parte do art. 505, não revogada expressamente, não enseja a repristinação (Renan Lotufo, cit., p. 706).

supracitada. Desde então, a jurisprudência vinha aplicando o entendimento de que petitório e possessório não se confundem, admitindo, porém, a oposição da chamada *exceptio dominii* em determinadas hipóteses.

Assim, entendendo-se que ainda vigora aquele preceito, ter-se-á de interpretá-lo na esteira da súmula 487 supracitada, e continuará sendo vedada a alegação de domínio no bojo de discussão fundada em posse, pelos motivos que serão a seguir aduzidos. O fato de, em algumas hipóteses, excepcionalmente, o domínio influenciar na solução da posse, vem, para os que sustentam tal posição, apenas confirmar a regra da separação entre juízo possessório e juízo petitório. Daí a assertiva de que a Lei nº 6.820/80 vem apenas reforçar uma posição que já se encontrava firme na jurisprudência.

*O que decorre daí é que a distinção entre o petitório e o possessório fica mais clara, ainda que não se pudesse ver no uso da exceção de domínio no plano possessório qualquer confusão, máximo com a firme jurisprudência extremadora, quer no plano geral, quer na fixação dos limites da coisa julgada.*⁴⁸

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, exposto acima, continua sendo sustentado por nossos tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, donde decorre a possibilidade de o proprietário opor exceção de domínio, excepcionalmente, em dois casos:

1 - Quando os dois litigantes, em ação possessória, ou seja, em ação cujo pedido, (lide, objeto litigioso) é a posse, invocam o domínio do bem, (causa de pedir). Nesse caso, o juiz decidirá em favor daquele que provar ter o domínio, muito embora a sentença só faça coisa julgada material com relação à posse (lide) e não à propriedade, de vez que, de acordo com o disposto no art. 467 do CPC, que cuida dos limites objetivos da coisa julgada, somente adquire a qualidade da imutabilidade, isto é, só se torna estável a parte dispositiva da sentença, (princípio da correlação entre a petição inicial/pedido e a sentença/*decisum*).

⁴⁸ Idem, p. 707.

Exceptio proprietatis. Não há dissídio como a jurisprudência consagrada na STF 487, quando a questão não é decidida exclusivamente à luz da titularidade do domínio (STJ, REsp-MS, 3ª T., m.v., j. 28.9.89, in DJU, de 5.2.90).⁴⁹

Segundo José Afonso da Silva, forma-se a coisa julgada com relação ao domínio. Não podemos, contudo, concordar com essa opinião, tendo em vista que o domínio, nesse caso, não faz parte do pedido, mas da causa de pedir, ou seja, não integra a lide. Tendo em vista que a coisa julgada somente incide sobre o *decisum* da sentença (a parte decisória da sentença corresponde ao pedido do autor, não pode o juiz decidir além, aquém ou fora do que foi pedido) e não sobre a sua motivação. A questão do domínio, decidida *incindenter tantum*, não fica revestida da estabilidade própria da sentença de mérito trãnsita em julgado, podendo ser rediscutido, posteriormente, em outro processo.

A questão da coisa julgada com relação à exceção de domínio oposta no bojo de ação possessória será objeto de capítulo específico (v. cap. V infra).

2 - Quando ambas as posses, dos dois litigantes, são duvidosas e um deles invoca o domínio.⁵⁰ Como a posse não restou provada e esta decorre da propriedade, decidirá o juiz em favor do titular do domínio, hipótese em que, consoante afirmado acima, a coisa julgada somente incidirá sobre o *decisum* da sentença, ou seja, sobre o pedido (posse) e não sobre a propriedade (causa de pedir).⁵¹

⁴⁹ Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 835

⁵⁰ Segundo a regra do art. 507, parágrafo único, do Código Civil - *havendo invencível sobre a qual dos contendores pertença a posse - deverá o juiz decidir a lide a favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio, de modo que o autor, ao convencer o julgador de sua condição de possuidor, desde que prove ser indiscutivelmente proprietário, com a condição de que o réu, por sua vez, também não consiga convencê-lo de que seja possuidor* (Ovídio Baptista A. da Silva, ob. cit., pp. 204-205).

⁵¹ *Em sede possessória, onde a lide fundamenta-se no ius possessionis, a regra que incide é a da primeira parte do art. 505, isto é, não se discute o domínio, ressalvada a hipótese em que ambos os litigantes pretendem a posse baseados no direito real, ou quando duvidosas as posses alegadas.*

Melhor é interpretar os C.C. 505 e C.P.C. 923 como normas tendentes a separar, inclusive no tempo, a ação possessória da petítória; há uma condição suspensiva⁵², por assim dizer, do exercício de direito de ação fundada na propriedade.⁵³

Entretanto, sem embargo do entendimento da jurisprudência predominante e de boa parte da doutrina, parece-nos que, tendo em vista a finalidade maior desta rígida separação, que é a de permitir a utilização da ação possessória, enquanto meio de se obter uma prestação de tutela jurisdicional efetiva, com rapidez e utilidade, mesmo nesses casos, de a posse ser duvidosa ou ser discutida a título de domínio, não deveria o juiz sequer tomar conhecimento do domínio argüido, considerando tão somente as alegações feitas pelas partes com relação à posse, deixando a discussão acerca daquele para ser apreciada e dirimida no juízo petítório.

Consoante afirma o ilustre Professor Nelson Nery Júnior,⁵⁴ *ficaria esvaziada a proteção da posse se se permitisse nas ações possessórias a defesa com base no domínio. Em sendo permitida a alegação de domínio em ação possessória, bastaria que o dono tomasse a posse à força, fora o permissivo do C.C. 502 e, na ação possessória promovida por aquele que sofreu o esbulho por parte do titular do domínio, este o alegasse em defesa. Haveria um estímulo da autotutela privada, o que é vedado pelo sistema jurídico brasileiro, constituindo, inclusive, crime (CP 345) (Nery, RP 52/179).*

Desse modo, pode-se afirmar que juízo possessório e juízo petítório realmente não se confundem. Conforme assevera Nelson

Por sua vez, a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal aplica-se à solução dos conflitos possessórios em que se discute a posse com base no domínio (...), cf. Figueira Jr., ob. cit., p. 299.

⁵² Melhor seria dizer inibição ao direito de propriedade.

⁵³ Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 835.

⁵⁴ Nelson Nery Júnior, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, RT, São Paulo, 1ª ed., 1994, p. 835.

Nery Júnior, não há identidade de ações entre a possessória e a petitória, como é óbvio. Naquela, há pedido de proteção da posse fundado no fato jurídico da posse; nessa, o pedido é de restituição da coisa, (posse) com fundamento no domínio. Mas há processualistas que afirmam não poder o proprietário ficar manietado, impossibilitando de defender a propriedade (...).⁵⁵

CAPÍTULO IV **JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO PETITÓRIO**

A separação, entre os juízos possessórios e petitório, remonta ao Direito Romano, havendo, consoante lembra o ilustre Moreira Alves, famosos brocardos, desde o Digesto, sido utilizados para demonstrar tal separação existente entre posse e propriedade:

(...) separata esse debet possessio a proprietate (a posse deve ser separada da propriedade), *nihil commune habet proprietas cum possessione* (nada tem em comum a propriedade com a posse), *nec possessio et proprietas misceri debent* (posse e propriedade não devem confundir-se).⁵⁶

*O ius possessiones designa o conjunto de direitos que a posse faz nascer, como consequência dos seus efeitos (commoda possessionis) e, particularmente, a tutela possessória. O ius possidendi é o direito do titular do poder jurídico de possuir o bem que lhe pertence. Assim, a tutela possessória é exclusivamente fundada sobre o ius possessionis, totalmente distinta da proteção de natureza real.*⁵⁷

Conforme assevera Jackson Rocha Guimarães,⁵⁸ essa concepção separatista se modificou na Idade Média, sob influência do Direito Canônico, vindo posteriormente, a se

⁵⁵ Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 835.

⁵⁶ Moreira Alves, ob. cit., p. 25.

⁵⁷ J. D. Figueira, ob. cit., pp. 134-135.

⁵⁸ Jackson Rocha Guimarães, ob. cit., p. 31.

restaurar, sobretudo a partir do C.P.C. francês, cujo art. 25 a fixou de forma categórica: Art. 25. *Le possesseur et le pétitoire ne seront jamais cumulés*, sendo princípio dominante no Direito moderno.

Aponta o referido autor, com base em assertivas feitas por Serpa Lopes, as diferenças existentes entre as ações que tutelam, respectivamente, a propriedade e a posse, segundo os seguintes critérios:

a) os fundamentos da ação - a petítória tem como causa de pedir remota o direito de propriedade e pressupõe a prova do domínio, enquanto que, na possessória, a causa de pedir é a posse, sendo bastante a prova do fato da posse em relação à coisa possuída;

*L'azione possessoria e l'az. o petitoria differiscono: a) per la causa petendi che per la prima si concreta nel possesso o nella detenzione autonoma; b) per il petitum che per l'az. possessoria consiste nella reintegrazione o nella cessazione della molestia, e per l'az. petitoria nell'acertamento positivo o negativo del diritto reale con la condanna alla consegna o al rilascio della cosa.*⁵⁹

b) a função da ação - a petítória tem o escopo de recuperar a posse, em razão do domínio da coisa, perdida injustamente para outrem, traduzindo, portanto, um intuito de ofensiva, enquanto que a possessória tem o objetivo de manter o status quo ante alterado por violência desferida à posse tendo, assim, um intuito defensivo (*nesse caso, ressalte-se que, em se tratando de ação de reintegração de posse, o seu caráter é também ofensivo, a nosso ver*);

Petitorium es la exigencia y la acción del propietario para que se le entregue su cosa. Possessorium es la acción del

59

Comentário feito por Giorgio Cian e Alberto Trabucchi (*Commentario Breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1981, p. 462) ao capítulo III do Código Civil italiano, que trata das ações e defesas do possuidor.

*poseedor, que hemos descrito antes, para que se le restituya en la posesión.*⁶⁰

c) o caráter transitório ou definitivo da tutela prestada - a petitória caracteriza-se por ter finalidade definitiva, não transitória, enquanto que a possessória caracteriza-se por ter finalidade *transitória*, de vez que uma posterior ação dominial pode modificar o resultado por ela obtido, no mundo dos fatos.

d) a absorção - o juízo dominial absorve o juízo possessório, perdendo o vencedor da demanda petitória o interesse para a possessória, enquanto que a ação possessória não absorve a petitória;

*En todos estos casos, el juicio posesorio sólo crea un estado provisional. Si, una vez realizado el acto de autoridad propia prohibida, una sentencia firme declara en el petitorium el derecho del autor al estado posesorio (...), desaparece con ello la pretensión de la posesión: petitorium absorbet posessorium (§ 864 ap. 2).*⁶¹

(...) al titular le queda siempre abierto el camino para iniciar por su parte con toda independencia del proceso posesorio una acción fundada en su derecho (el llamado petitorio). Entonces marchan los dos procedimientos a la par, y todo depende de cuál de los dos termine primero. Si se resuelve antes el procedimiento posesorio con la victoria del actor, el titular del derecho se ha de someter, al menos provisionalmente, a restablecer el estado posesorio anterior de la cosa, hasta que en el proceso petitorio que se continúa se establezca una decisión distinta. Pero si el procedimiento petitorio termina de antemano con la victoria del "titular del derecho, entonces se interrumpe en el acto el posesorio, y la pretensión de su actor para exigir la protección posesoria

⁶⁰ Hedemann, ob. cit., p. 69.

⁶¹ L. Ennecerus, Derecho Civil, pp. 98-99.

desaparece de um plumazo (§ 864 II, *petitorium absorbet possessorium*).⁶²

e) a coisa julgada - essa diferença é decorrência da questão posta acima, pois, como a ação possessória não absorve a petitoria, para que o titular do domínio obtenha uma decisão com força de coisa julgada acerca da propriedade ou outro direito real, terá de propor demanda petitoria autônoma; a sentença proferida em ação possessória somente faz coisa julgada com relação à posse. Logo, entendendo-se possível, excepcionalmente, a discussão do domínio, em sede de ação possessória, será decidido apenas *incidenter tantum*, (íntegra a motivação da sentença e não o *decisum*).⁶³

Segundo Moreira Alves, *a posse pode ser considerada em si mesma, independentemente de ter fundamento ou título jurídico, ou pode ser considerada como uma das faculdades jurídicas que integram o conteúdo do direito de propriedade e de outros direitos menos amplos*.⁶⁴

Na ação possessória, discute-se posse, ou seja, pede-se a posse em razão da posse, (pedido e causa de pedir). Desse modo, será vencedor da demanda aquele que provar ter a melhor posse.⁶⁵ Se

⁶² Hedemann, ob. cit., p. 69. Ressalte-se que, no nosso direito, de acordo com o disposto no art. 923 do CPC não podem duas ações - uma petitoria outra possessória - correrem em paralelo, devendo, na hipótese de serem as duas ajuizadas, ficar a primeira suspensa até que seja decidida a posse, cf. Paula Baptista, *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, 7ª ed., Lisboa, pp. 33-38, *apud* Renan Lotufo, cit., p. 700: *Há natural incompatibilidade entre o petitorio e o possessorio, e sorte que não podem ser acumuladas na mesma instância*, art. 25 do Cód. Civ. Francês, *nem correr ao mesmo tempo e separadamente em instâncias diversas, não podendo ser instruídos e julgados, senão um depois do outro*, art. 266 do Cód. de Proc. de Gênova, e das duas Sícilas.

⁶³ *Quando è iniziata l'azione possessoria, il convenuto no può agire in petitorio fino a che il giudizio possessorio non sia definito e la relativa decisione non sia stata eseguita (...) Nel giudizio possessorio sono vietate le indagini afferenti strettamente al diritto cui corrisponde la situazione possessoria (...)* (Cian e Trabucchi, ob. cit., p. 462). Desenvolveremos um capítulo acerca da coisa julgada, tendo em vista o caráter eminentemente processual do item sob análise.

⁶⁴ *Idem*, p. 25.

⁶⁵ Quanto ao conceito de *melhor posse*, assevera J. D. Figueira Jr. que, de acordo com o disposto no artigo 507, parágrafo único, 1ª parte, do Código Civil, *trata-se, portanto, de qualidade da posse, que no confronto judicial com a parte adversária, será melhor ou pior, ou seja, em*

não for possível ao juiz formar seu convencimento acerca de quem tem a melhor posse, na fase de cognição sumária, em consonância com o preceito contido no art. 507, parágrafo único, *in fine*, deverá ele, independentemente de requerimento da parte, determinar o seqüestro do bem litigioso.

Se o juiz não puder resolver a situação, submetida à sua apreciação, porque o quadro probatório não permitir, não será aplicável o art. 333 e sim o 130.

Há de se registrar que o seqüestro de que trata o Código Civil não se confunde com a medida cautelar prevista no art. 822 do Código de Processo Civil,⁶⁶ nem tampouco com a exceção de domínio, que, consoante afirma Figueira Jr., “*é matéria defensiva de fundo*.”⁶⁷

Quanto à questão do seqüestro da coisa litigiosa, pedimos vênia para citar o entendimento de alguns autores, da sua natureza jurídica, cumprindo-nos, desde já, revelar que a doutrina não se estende muito no tratamento dessa matéria, não enfrentando o problema, talvez em decorrência de a medida não ser utilizada com frequência na prática.

condição valorativa superior ou inferior, que justifique ou não sua proteção: Assim, o êxito na demanda interdital depende da qualidade da posse que se pretende manter ou recuperar. “E, cabe, ainda, acrescentar: a) que, se o direito do possuidor é contestado, o ônus da prova compete ao adversário, não pelo princípio de que esse ônus cabe ao que alega, o qual, muitas vezes, não teria aplicação, e, sim, porque a posse é um estado de fato, que por sua própria existência dispensa qualquer prova; b) o possuidor goza de uma posição favorável em atenção à propriedade, cuja defesa se completa pela posse, ainda que, nem sempre, induza presunção de propriedade, em favor do que possui” (Carvalho Santos, vol. II, p. 179, nº 4).

⁶⁶ Segundo Figueira Jr. (ob. cit., p. 298), os requisitos para a decretação do seqüestro no caso sob exame (CC, 507) são: a) a inexistência de possuidor com poderes sobre a coisa há mais de ano e dia, sem viabilidade de constatação de quem apresenta a melhor posse, ou, quando superior a esse lapso temporal, seja manifesto que a posse de algum dos litigantes foi obtida por modo vicioso, isto é, contrário ao direito (violência, clandestinidade, ou precariedade); b) alegação de titularidade da posse por parte de ambos dos litigantes; c) necessidade de realização de audiência de justificação com a citação e ouvida da parte contrária (art. 928, 2ª parte, CPC), sem o que não será possível configurar a existência ou inexistência de dúvida; d) dúvida fundada sobre as relações possessórias em questão.

⁶⁷ Idem, p. 298.

Tito Fulgênicio,⁶⁸ considera requisitos essenciais ao seqüestro da coisa, a vacuidade da posse, a dúvida sobre as posses em disputa, a citação das partes. Segundo esse autor, pelo direito anterior,⁶⁹ exigia-se também prova de perigo provável de rixas e violências criminosas, o que, entretanto, não é exigido pelo ordenamento jurídico vigente.

Desde que há disputa sobre as posses, estas são duvidosas, nisso mesmo já está o perigo provável de virem os cidadãos às armas, e cumpria acautelar o interesse público que está na paz jurídica e tranquilidade social, com a intervenção da Justiça.

Pontes de Miranda trata indiscriminadamente do seqüestro a que se refere o art. 507 do Código Civil e da medida cautelar de seqüestro, cabível na hipótese de fundado receio de rixas ou danificações (art. 822, I do CPC): *O juiz pode seqüestrar a posse: a) se há risco de rixa grave, antes de se decidir definitivamente a ação possessória (ab timorem scondali); b) no caso do art. 507, parágrafo único do Código Civil; c) se houve resolução judicial, a respeito da mesma posse, que penda de conflito entre o seu prolator e o juízo que concedeu o mandado de manutenção ou de integração provisória.*⁷⁰

Para o Professor Darcy de Arruda Miranda, pode a parte, através de petição simples, no uso da possessória, requerer o seqüestro do bem, ficando o requerente na condição de depositário fiel deste. Segundo esse autor, contudo, há necessidade de que, além da citação das partes e da existência de dúvida quanto à pessoa do possuidor ou vacuidade da posse, *haja perigo de rixa e conflitos.*

⁶⁸ Tito Fulgênicio, ob. cit., pp. 118-119.

⁶⁹ Segundo Pontes de Miranda (ob. cit., p. 449), no direito anterior, *o seqüestro da posse era indicado pelas Ordenações Alfonsinas, Livro IV, Título 12, § 3º, quando se temesse peleja e arruído entre viúvo e herdeiro do cônjuge premorto (...) a regra jurídica passou à Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 95, § 2.*

⁷⁰ Pontes de Miranda, ob. cit., pp. 452-453.

Essas eram as breves considerações que tínhamos a fazer, a respeito da medida de sequestro prevista no art. 507 do CC.

Chama-se, na doutrina, de *ius possessionis* ou *factum possessionis*, (para quem entende posse como fato) a posse sem titularidade e *ius possidendi* a *faculdade jurídica de possuir* ou seja, a posse com titularidade.⁷¹ *A posse não é um direito subjetivo, enquanto, posta a distinção entre posse (chamado ius possessionis) e direito à posse (denominado ius possidendi); ela se manifesta e é diversa do direito à posse, que tem o titular de um direito real.*⁷²

*Ocorre que o poder de fato, em que a posse consiste, tem o conteúdo mesmo do direito de propriedade, a senhoria ou economia de propriedade (...) Quem possui só pode, pois, ter um comportamento semelhante, embora parcialmente, ao de quem é dono, as aparências são necessariamente idênticas. Mas o direito não consagra a tutela à posse porque seja ela elemento exterior da propriedade.*⁷³

A ese derecho de posesión (ius possessionis) visto, se contrapone el derecho a poseer (ius possidendi) que es el que, independientemente de que sea o no poseedor, compete a la persona a quien, según la ley, corresponde la facultad de poseer la cosa (por ejemplo, al dueño de la misma o al arrendatario, etc.).⁷⁴

A separação entre juízo possessório e petitório, consoante já afirmado exaustivamente, é princípio consagrado no Direito moderno, encontrando-se, em nosso ordenamento jurídico, consignado nos arts. 505 do CC e 923 do CPC, com a alteração introduzida pela Lei nº 6.820/80, sendo, por conseguinte, vedada a

⁷¹ (...) no *ius possidendi*, só se leva em consideração a posse da coisa (*possessio rei*) e não a posse de direito (*possessio juris*), cf. Moreira Alves, ob. cit., p. 27.

⁷² J. D. Figueira, ob. cit., p. 133. Ressalte-se que, para esse autor não é direito mas fato.

⁷³ Ebert Chamoun, p. 15, *apud* J. D. Figueira Jr., ob. cit., pp. 133-134.

⁷⁴ Manuel Albaladejo, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 34-35.

oposição da chamada *exceção de domínio*,⁷⁵ embora não seja esse o entendimento predominante na jurisprudência nem na doutrina (ver capítulo III supra).⁷⁶

Nesse sentido, manifesta-se o Professor Marcato, citando como exemplo: *na pendência de uma ação de reintegração de posse, nem o seu autor, nem o réu, poderá intentar, p. ex., ação de reivindicación, tendo por objeto o bem sobre cuja posse versa a referida ação possessória*.⁷⁷

Así se encuentra asegurado el aislamiento de los problemas posesorio y petitorio y en este punto de vista también se manifesta, pues, y muy sabiamente, la independencia de la posesión respecto a la propiedad.⁷⁸

En el possessorium no hay lugar para alegaciones de carácter petitorio. El titular del derecho (propietario), al quebrantar el estado de posesión, se ha situado en el campo de lo ilícito, y ha de sufrir que en el ámbito del processo posesorio se prescinda absolutamente de su derecho a la posesión. Este es el sentido del § 863.⁷⁹

⁷⁵ Há que se registrar a observação feita por Jackson R. Guimarães, cit., p. 32, no sentido de que não se deve falar em exceção de propriedade, como querem alguns, mas de exceção de domínio, de vez que, através deste, alega-se o “ius possidendi”, que envolve a propriedade e os demais direitos reais.

⁷⁶ Conforme afirmado em capítulos anteriores, entende-se que a exceção de domínio pode ser oposta em hipóteses determinadas, quais sejam, a) quando as partes discutem posse com fundamento em domínio; b) quando a posse for duvidosa, ou seja, quando nem autor nem réu conseguirem provar quem é o titular da posse. Deve-se ressaltar, contudo, o seguinte: caso ambas as partes discutam sobre posse com base na alegação de domínio ou seja, pretendam demonstrar a sua qualidade de legítimas possuidoras sob o fundamento de serem proprietárias do bem, daí, sim, deverá o juiz em favor daquela que prove a titularidade do domínio. Nota-se que, nesse caso, o juiz não reconhece a qualidade de proprietária da parte vencedora, mas simplesmente defere a ela a proteção possessória por haver demonstrado, com base no domínio, ser a legítima possuidora. A sentença proferida não terá por objetivo a declaração do domínio, limitando-se tão-só a dispensar a proteção pretendida, isto é, condenando o culpado pela ofensa à posse a não mais molestar o legítimo possuidor (no caso de interdito proibitório), ou a cessar com o esbulho ou a turbção (nos outros dois casos)” (Marcato, ob. cit., p. 113).

⁷⁷ Marcato, ob. cit., p. 113.

⁷⁸ Josserand, ob. cit., p. 77.

⁷⁹ Hedemann, ob. cit., p. 69.

A doutrina, ao comentar o preceito contido no art. 505 do CC, diverge quanto à admissibilidade ou não da *exceptio dominii*:

*(...) a exceção de domínio não se coaduna com as teorias de Ihering e de Savigny (...). A separação do possessório e do petitório, tanto no ponto de vista material, como no ponto de vista formal, tinha como consequência que a posse era, desde então, protegida por si mesma, independentemente da propriedade: todo possuidor, mesmo ilegítimo⁸⁰ (...), triunfava no juízo possessório e era mantido na posse.*⁸¹

*Melhor teria sido que o Código não abrisse semelhante exceção, contrária aos princípios dominadores da proteção possessória.*⁸²

*(...) uma excrescência no terreno da proteção possessória (...) o que se não deve permitir, sob pena de desvirtuamento e consequente desorganização do sistema de defesa da posse, é que se manifestam, nas ações possessórias, pretensões que não correspondem à posse.*⁸³

*Parece-nos que seria de todo recomendável a retirada da segunda parte do art. 505 do CC, consagrando-se a plenitude da separação entre o juízo possessório e o petitório. Mas legem habemus. E, enquanto não ocorrer a revogação, restamos simplesmente aplicá-la.*⁸⁴

No Direito português, a interpretação que se tem dado aos dispositivos do Código Civil, que cuidam da presente matéria é no sentido de que a propriedade pode e, em alguns casos, até deve ser alegada, conforme citação transcrita abaixo:

⁸⁰ O termo utilizado pelo autor, segundo o Professor Arruda Alvim, é infeliz.

⁸¹ Astolpho de Rezende, *Manual do Código Civil Brasileiro - Do Direito das Coisas*, v. VII/210 e 211, *apud* Jackson R. Guimarães, cit., p. 33.

⁸² João Luiz Alves, *Código Civil Anotado*, p. 389, *apud* Jackson ..., ob. e p. cit.

⁸³ Orlando Gomes, *Direitos Reais*, p. 94.

⁸⁴ Jackson R. Guimarães, cit., p. 34.

A questão da propriedade. Relações do petitório com o possessório. Efeitos da sentença possessória - Instaurada a acção possessória, pode o réu defender-se com todas as alegações que possam sufragar ao seu intento; mas, há uma que a lei expressamente excluía, no art. 497, do antigo Código de Processo Civil, dizendo Em nenhuma destas ações pode questionar-se sobre a propriedade (...). Quero isto dizer, porém, que nas ações possessórias não pode invocar-se propriedade? De modo nenhum. O único alcance de tal preceito é que o perturbador ou esbulhador não pode defender-se dizendo somente (...) que é proprietário da coisa esbulhada e tem a posse civil que resulta do seu título; porque esta posse não poderá ser oposta a quem tem a posse material por mais de ano, em virtude da qual o proprietário perdeu a sua (art. 482, nº 4º). Se a posse implica a presunção de propriedade, a inversa é que não é verdadeira (...). Mas, fora deste caso, nas acções possessórias, pode e deve a propriedade ser alegada em diversas circunstâncias (...). A discussão da propriedade pode mesmo ser imprescindível quando a posse foi, sempre, por ambos os litigantes, exercida por meio doutrem.⁸⁵

CAPÍTULO V

OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A SEPARAÇÃO ENTRE JUÍZO POSSESSÓRIO E PETITÓRIO

5.1. COISA JULGADA - CONCEITO

Tendo em vista o carácter eminentemente processual do tema objeto do presente trabalho, e, sendo a coisa julgada um instituto processual da maior importância (por força, especialmente, do princípio do estado de direito - segurança das relações sociais, harmonia dos julgados), faz-se mister, a nosso ver, a abordagem desta matéria em capítulo específico.

⁸⁵

Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, em comentário ao Código Civil Português, 2 ed., v. III, tomo II, anotado por Anácio Rebouças, Max Limonad, São Paulo, pp. 668, 694, 695.

Segundo Barbosa Moreira, a coisa julgada pode ser definida como a situação jurídica que se forma no momento em que a sentença *decisum* se transforma de instável em estável. Segundo esse autor, a coisa julgada diz respeito ao comando que emerge da sentença e não à sua eficácia, não se confundindo com a autoridade de coisa julgada, concebendo esta, (e não aquela, diferentemente de Liebman), como uma qualidade de imutabilidade que se agrega ao comando da sentença.

Para Chiovenda, de outro lado, *a coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda (...) destinada a agir no futuro, com relação a processos futuros*,⁸⁶ é um dos efeitos da sentença e não uma qualidade desses efeitos ou de um dos efeitos (declaratório), como pensam alguns autores, conforme se verá adiante.

A coisa julgada, afirma o autor, supõe um julgado, um pronunciamento definitivo, tendo como fundamento principal o fato de que “o Estado não deve permitir que um bem, já por ele reconhecido, sofra diminuição ou prejuízo por uma nova decisão sua.”⁸⁷

Para Liebman, entende-se autoridade de coisa julgada como *a imutabilidade do comando emergente de uma sentença*.

Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis,

⁸⁶ Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 2 ed., Saraiva, São Paulo, pp. 374-375, *apud* Thereza Alvim, *ob. cit.*, p. 89.

⁸⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2º vol. Trad. Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, Saraiva e Cia Editores, São Paulo, 1943, nº 233 pp. 387-388.

Registre-se que, para o autor, *a sentença é unicamente a afirmação ou negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado.* (1 v., p. 515).

*além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.*⁸⁸

Liebman foi quem difundiu a tese, hoje aceita pela doutrina dominante e adotada por inúmeros ordenamentos jurídicos (dentre os quais o brasileiro), de que a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, ou a sua eficácia, mas uma qualidade que se agrega à eficácia da sentença, ou melhor, da parte dispositiva desta. Registre-se que a eficácia, para ele, não se confunde com a sua imutabilidade, de vez que *o comando contido na sentença, mesmo quando é eficaz, pode ser ainda suscetível de reforma.*⁸⁹

Essa é a única parte da sentença que se torna imutável e indiscutível, tão logo tenha decorrido *in albis* o prazo para recurso. Não ficam revestidos dessa qualidade o relatório e a fundamentação do pronunciamento.

Entende Liebman que *a coisa julgada não é efeito da sentença, mas a qualidade da sentença e de seus efeitos*;

De acordo com o nosso Código de Processo Civil, a coisa julgada material é *a eficácia, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário*, conforme o disposto em seu art. 471.

Embora o autor do Anteprojeto do Código tenha tido o cuidado de elaborar um conceito de coisa julgada condizente com o entendimento da doutrina mais autorizada no assunto, afirmando ser a coisa julgada material a *qualidade* que torna imutável e indiscutível a eficácia da sentença (concordamos com Barbosa Moreira no sentido de que a coisa julgada é uma situação jurídica e não uma qualidade), essa tese não vingou por ocasião da elaboração do artigo 471 do CPC vigente.

Entretanto, de todas as definições de coisa julgada encontradas na doutrina, a que nos pareceu mais coerente e convincente foi a

⁸⁸ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad., Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Forense, Rio de Janeiro, 1945, p. 50.

⁸⁹ Liebman, ob. cit., p. 23, *apud* Thereza Alvim, ob. Cit., p. 88. *Projeta a sentença sua eficácia jurídica independentemente da passagem em julgado (...)* (Liebman, p. 54).

de Barbosa Moreira, já citada, segundo o qual a coisa julgada não se confunde nem com a eficácia (ou efeitos) nem com a qualidade desta eficácia (autoridade de coisa julgada), nem muito menos com a própria sentença:

*Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica; precisamente a situação que se forma no momento em que sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da autoridade da coisa julgada.*⁹⁰

Quando essa estabilidade ou imutabilidade repercute dentro do processo somente, trata-se de coisa julgada formal; quando a repercussão ultrapassa os limites do processo em que foi proferida a sentença, a coisa julgada é material.

A coisa julgada formal é chamada pela doutrina de *peclusão máxima*. Isto porque ela se opera dentro do processo, ou seja, produz efeitos endoprocessuais, impedindo as partes, entre as quais foi dada a sentença, de discutir dentro daquele processo, a matéria julgada. Não obsta, contudo, a propositura de nova ação com o mesmo objeto daquela já decidida.

A coisa julgada material, por sua vez, se opera para fora do processo no qual foi proferida a sentença, produzindo efeitos extraprocessualmente, impedindo, portanto, a propositura de uma outra ação que tenha por objeto a lide discutida e decidida no processo findo.

A coisa julgada formal constitui a imutabilidade da decisão final, como fato processual que é, dentro do mesmo processo em que foi proferida. Já a coisa julgada material, que interessa de perto a este trabalho, significa a imutabilidade

⁹⁰ Liebman, ob. Cit., p. 23, "apud" Thereza Alvim, ob. Cit., p. 88. *Projeta a sentença sua eficácia jurídica independentemente da passagem em julgado (...)* (Liebman, p. 54).

*dessa mesma decisão fora do âmbito do processo, sendo uma qualidade dos efeitos da sentença.*⁹¹

Toda sentença da qual não cabe mais recurso produz a coisa julgada formal; algumas sentenças produzem apenas a coisa julgada formal (sentenças processuais, por meio das quais o juiz extingue o processo sem julgamento de mérito - artigo 267 do C.P.C.); outras fazem também coisa julgada material, além da formal (sentenças de mérito, através das quais o juiz decide a lide com caráter definitivo - artigo 269 do C.P.C.).

No que tange à coisa julgada material, afirma Chiovenda:

*A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada; é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos”(grifos pelo autor).*⁹²

5.2. LIMITES OBJETIVOS - DECISUM

Com relação à incidência da coisa julgada apenas sobre o *decisum*, esta foi a posição adotada pelo C.P.C. vigente, a qual se coaduna com o entendimento da doutrina dominante, consoante assevera João Baptista Lopes.⁹³

⁹¹ José Carlos Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, in Revista de Processo nº 34/273, pp. 281-282.

⁹² Idem, p. 518.

⁹³ João Baptista Lopes, *Ação Declaratória*, 3 ed., RT, São Paulo, 1991, p. 111.

Acolheu o Código a doutrina dominante (Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Micheli, Buzaid, Lopes da Costa, Pontes de Miranda, Celso Neves), segundo a qual a coisa julgada material se circunscreve ao dispositivo da sentença.

A coisa julgada material só incide sobre as sentenças de mérito. Tendo em vista que mérito, lide, pedido e objeto do processo são, segundo a doutrina mais autorizada, conceitos que se confundem; o juiz, ao julgar o mérito, irá decidir acerca do pedido do autor (não pode julgar nem mais nem menos nem fora do pedido).

Assim sendo, a coisa julgada somente incidirá sobre o julgamento do mérito (pedido), que se encontra consubstanciado no *decisum* da sentença ou do acórdão, não se revestindo, portanto, da autoridade de coisa julgada as premissas necessárias à conclusão desta.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca dessa questão é praticamente unânime, não cabendo maior delonga no seu trato.

No mesmo sentido, manifesta-se o Prof. Arruda Alvim,⁹⁴ demonstrando quão superada se encontra essa questão em face do ordenamento jurídico vigente.

Vale lembrar, também, a opinião de Liebman, que se depreende de texto transcrito acima, quanto aos limites objetivos da coisa julgada, no sentido de que apenas o comando da sentença adquire a autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável (v. nota supra).

Nas ações possessórias, não podem, autor nem réu, alegar domínio e, na hipótese de sê-lo feito, não pode o juiz considerar tais alegações, por ocasião do julgamento do pedido possessório.

Entretanto, como há entendimentos no sentido de que é possível a oposição da *exceptio dominii*, em hipóteses

⁹⁴ Nos dias correntes, está praticamente superado o dissídio entre os que entendem que a coisa julgada se restringe, exclusivamente, ao dispositivo da sentença, e os que - cada dia menos numerosos - entendem que ela, ao contrário, além do dispositivo, abrange os motivos, os fundamentos e as premissas necessárias, embasadores da decisão. Não nos estenderemos sobre este ponto. A nossa lei atual é expressa no sentido da primeira posição (art. 469, II)" (Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1990, p. 462).

excepcionais, faz-se necessária a análise do alcance da coisa julgada nas ações possessórias em que se discute domínio. Assim, se ambas as partes alegarem ser titulares do domínio ou se, afirmando, cada uma, a sua posse, não restar provado quem é efetivamente o titular do direito de posse, ainda assim, considerando o órgão julgador do domínio, quanto razão de decidir, não pesará a autoridade de coisa julgada sobre essa questão.

Isto porque, conforme já explicado, com o trânsito em julgado da sentença de mérito, apenas o *decisum* se torna estável e não a motivação da sentença e a questão do domínio será decidida apenas *incidenter tantum*, influenciando a decisão sobre a posse, mas não importará em coisa julgada material por não integrar o pedido, a lide, o mérito.

Como o processo civil é informado pelo princípio da vinculação ou adstrição da sentença ao pedido, dentre outros, fica o juiz impedido de decidir fora além ou aquém do pedido. Assim, via de regra (tendo em vista a natureza dúplice dessa ação), para que o réu deduza pedido em processo já instaurado, com o fito de fazer incidir a coisa julgada, deve ele se valer de reconvenção ou de ação declaratória incidental.

5.3. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL - QUESTÃO PREJUDICIAL

A ação declaratória incidental é uma demanda incidental ao processo de conhecimento, proposta pelo autor ou pelo réu da causa pendente, com o fito de, nesse mesmo processo, conferir autoridade de coisa julgada à decisão relativa a questões prejudiciais que, na hipótese de não ser proposta a ação declaratória, seriam apreciadas apenas *incidenter tantum*, ficando resguardando o direito de as partes, em outro processo, rediscutirem tais questões.

João Baptista Lopes,⁹⁵ define a ação declaratória incidental como a *ação (e não mero incidente processual) proposta pelo autor ou pelo réu, em processo pendente, visando à ampliação do âmbito da coisa julgada material. Por outras palavras, a finalidade da ação declaratória incidental é estender a autoridade da coisa julgada também às questões prejudiciais que, de outra forma, seriam apreciadas incidenter tantum.*

Cita o referido autor o conceito elaborado por Chiovenda e por Liebman para esse instituto:

(...) verdadeira ação que propende, como a ação declaratória proposta independentemente de outro processo, a obter, mediante julgado, a certeza jurídica sobre a existência duma vontade concreta de lei: a característica da ação declaratória incidente consiste em que o interesse de agir decorre, aí, da contestação dum ponto prejudicial formulada numa lide precedente.

*(...) a declaratória incidental tem por finalidade elimiar uma volta per sempre ogni incertezza em torno da questão prejudicial.*⁹⁶

Segundo a Prof^a. Thereza Alvim, *trata-se de direito de ação, todavia que tem por escopo menos introdução de uma questão - que já está no processo - mas sim, que sobre tal questão pese a autoridade de coisa julgada. Não objetiva a ação delcaratória incidental que a questão seja julgada, mas que o seja com a autoridade de coisa julgada.*

Barbosa Moreira, no mesmo sentido, vê a ação declaratória incidental como um *meio de converter-se a questão prejudicial, se o quiser alguma das partes, noutra questão também principal, a par da que já fora de início submetida ao juiz, hipótese em que a questão*⁹⁷ *subordinada como a subordinante passam a integrar,*

⁹⁵ João Baptista Lopes, ob. cit., p. 113.

⁹⁶ Chiovenda, ob. Cit., vol. I, p. 397, e Liebman, *Manuale*, vol. I, 1968, p. 57, *apud* João Baptista Lopes, ob. Cit., pp. 113-114 e nota nº 83.

⁹⁷ Segundo o Professor Arruda Alvim, *questão é a expressão prática de um bem da vida.*

*em conjunto, o objeto do processo, e o pronunciamento judicial sobre ambas se revestirá, todo ele, da autoridade da coisa julgada (art. 470).*⁹⁸

Com a ação declaratória incidental, não insere o autor o réu (ou outra pessoa que figure como parte no processo), no processo pendente, uma nova questão. Apenas torna a questão prejudicial já existente uma questão de mérito.

O autor da ação declaratória incidental terá de preencher todos os requisitos necessários à propositura de qualquer ação, quais sejam, os pressupostos processuais e condições da ação, além de outros requisitos específicos, elencados pela doutrina:

De acordo com João Baptista Lopes, são requisitos da declaratória incidental: *a) a existência de questão prejudicial autônoma; b) a ocorrência de controvérsia sobre a existência ou inexistência de relação jurídica; c) a existência de processo de cognição ampla; d) a competência absoluta do juiz; e) a identidade do tipo procedimental para ambas as ações (a condicionante e a condicionada).*⁹⁹

O Prof. Arruda Alvim,¹⁰⁰ enumera os aspectos que considera essenciais à configuração do direito à ação declaratória incidental, segundo o ordenamento jurídico pátrio:

1º) que o julgamento a respeito da questão prejudicial pudesse ser objeto de demanda autônoma (...); 2º) ademais, que exista entre a demanda incidental e a principal uma relação de prejudicialidade (...); 3º) que a questão tenha sido objeto de controvérsia. No mais, aplicam-se ao pedido de declaração incidental as regras gerais, quer as relativas às condições de ação, quer as relativas aos pressupostos processuais, quer as de índole estritamente procedimental.

⁹⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 110.

⁹⁹ João Baptista Lopes, ob. Cit., p. 144.

¹⁰⁰ Arruda Alvim, *Tratado...*, cit., pp. 462-465, esp. p. 465.

Além desses requisitos, acrescente-se que, para a Prof^a. Thereza Alvim, é mister que a questão prejudicial seja relativa ao mérito e possa constituir objeto de ação autônoma, conforme afirmado anteriormente.

Conforme se depreende dos textos supracitados, tendo a ação declaratória propriamente a natureza de uma demanda autônoma, que deve preencher as *condições de admissibilidade de julgamento do mérito* (pressupostos processuais e condições da ação), parece óbvia a necessidade de a questão, objeto daquela, poder ser objeto também de ação autônoma, para que possa a declaratória incidental ser proposta.

Consoante entendimento majoritário da doutrina, não só ao autor é lícito propor ação declaratória incidental, podendo também o réu ou quaisquer outras pessoas que venham a integrar o processo, tornando-se, com isso, partes, ajuíza-la.

*Tanto o réu quanto o autor podem requerer a declaração incidental (...).*¹⁰¹

*Com efeito, de acordo com os arts. 5º e 470, a declaração incidente pode ser requerida tanto pelo autor como pelo réu.*¹⁰²

*Salientamos, de passagem, que ao réu é lícito usar da reconvenção ou da ação declaratória incidental sobre a mesma relação jurídica, obedecendo, é claro, aos pressupostos necessários de cada um desses institutos. Entretanto, o âmbito e efeito da reconvenção é muito mais amplo, podendo nele visar o reconvite até a condenação do autor, ao passo que a ação incidental é meramente declaratória. É-lhe facultado usar de uma ou de outra, com fundamento no parágrafo único do artigo 4º (...).*¹⁰³

¹⁰¹ Thereza Alvim, ob. cit., p. 102

¹⁰² João Baptista Lopes, ob. cit., p. 127.

¹⁰³ Thereza Alvim, ob. cit., p. 103.

Trazendo à colação tudo o que foi exposto anteriormente, tem-se que, poderia, *em tese*,¹⁰⁴ o réu, na ação possessória, propor ação declaratória incidental ou mesmo reconvir (trata-se de institutos distintos, que não se confundem, podendo, inclusive, desde que preenchidos os pressupostos para cada uma das categorias de ação, ser propostos concomitantemente, conforme se depreende do exposto acima), com fulcro no *direito à posse* (que integra o domínio).

Entretanto, consoante afirma a Prof^a. Thereza Alvim, a ação declaratória incidental *somente pode ser admitida se a questão prejudicial objeto da declaratória incidental for relativa ao mérito*.¹⁰⁵

Portanto, para que seja possível a propositura de ação declaratória incidental, não basta a existência de questão prejudicial, cuja solução influencie ou determine o conteúdo da sentença, fazendo-se mister que o objeto desta ação esteja relacionado com o mérito, e, consoante já afirmado em inúmeras passagens do presente trabalho, posse e propriedade são fenômenos distintos.

A ação possessória visa à tutela da posse, ou seja, pede o autor que o juiz decida em caráter definitivo acerca do direito de posse. Não pode o autor ou o réu pedir, no juízo possessório, um accertamento sobre o domínio (direito à posse); logo, se o domínio não pode integrar o pedido em ação possessória, não pode o réu propor ação declaratória incidental, cujo mérito seja a titularidade do domínio.

Ademais, só é cabível a ação declaratória incidental se for possível a propositura de ação autônoma, com o mesmo objeto.

¹⁰⁴ Diz-se em tese, tendo em vista que, dado o caráter dúplice da ação possessória, somente se pode cogitar do oferecimento de reconvenção no caso de, através dela, ser formulado pedido diverso de proteção possessória ou indenização por perdas e danos (que podem ser deduzidos em sede de contestação, cf. art. 922 do CPC).

Nesse sentido, manifesta-se o Professor Nelson Nery Jr. (ob. cit., p. 834): A *duplicidade* da ação possessória, entretanto, limita-se única e exclusivamente àqueles pedidos cuja formulação foi autorizada pelo CPC 922 (...).

¹⁰⁵ Thereza Alvim, ob. cit., pp. 99-102, especialmente nota nº 158.

Na hipótese sob exame, também esse requisito não é preenchido, de vez que o autor (ou o réu) da possessória, somente poderá propor ação versando o domínio após o trânsito em julgado da sentença proferida naquela ação possessória, por força do disposto no artigo 923 do C.P.C. *na pendência do processo possessório, é defeso, assim, ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio.*

A reconvenção com pedido de declaração acerca do domínio que, da mesma forma, seria, em tese, cabível, também não o é, sob pena de violação ao preceito contido nos artigos 923 do C.P.C e 505 do C.C. Tanto na ação declaratória incidental como na reconvenção, há pedido e não pode haver pedido de reconhecimento de domínio no juízo possessório.

Tendo em vista que somente sobre as questões de mérito (e não sobre os motivos ou sobre as preliminares à conclusão do juiz) incide a autoridade da coisa julgada, não sendo proposta a ação declaratória incidental, o juiz só poderá apreciar essa questão *incidenter tantum*, sem conferir-lhe a qualidade da imutabilidade e da indiscutibilidade (autoridade de coisa julgada), permitindo às partes rediscutirem a questão em outros processos.

*No sistema do Código (arts. 468 e 469), só o pronunciamento judicial sobre o pedido é idôneo para adquirir a autoridade da coisa julgada. Esta não abrange a fundamentação da sentença, na qual se compreende a solução das questões atinentes às relações jurídicas prejudiciais (...).*¹⁰⁶

É mister tecer, por ora, alguns comentários acerca das chamadas *questões prévias*. Podem ser elas prejudiciais ou preliminares. Como o próprio termo *previas* indica, tais questões devem ser decididas antes das *questões de mérito* (ou simplesmente, do mérito), porque delas depende o exame destas ou porque a solução que se der para elas irá determinar o conteúdo da decisão que se dará para estas.

¹⁰⁶ José Carlos Barbosa Moreira, ob. cit., p. 109.

Na primeira hipótese, a solução da questão prévia irá permitir ou impedir a apreciação da questão de mérito, sem, contudo, exercer qualquer influência no conteúdo desta. São chamadas questões preliminares.

No segundo caso, a solução da questão prévia irá determinar o conteúdo da solução da questão que está a ela condicionada, a qual pode dizer respeito tanto ao mérito quanto às condições de admissibilidade do exame do mérito (condições da ação e pressupostos processuais). Trata-se das questões prejudiciais.

Há de se registrar, com relação a essas questões, que, consoante assevera a Prof^a. Thereza Alvim, o grau de influência exercido por elas, (questões condicionantes) sobre a questão que lhe está condicionada poderá variar.¹⁰⁷

O posicionamento exposto acima vem sendo corroborado por juristas de renome, conforme se verifica a partir do exame das citações abaixo transcritas:

*1º) ponto prejudicial é o antecedente lógico incontrovertido; 2º) questão prejudicial é o antecedente lógico controvertido, o qual deve ser resolvido pelo juiz no mesmo processo e, diríamos nós lógico-jurídicos controvertidos; 3º) a causa prejudicial é aquela que surgindo antes ou depois da litispendência da causa prejudicada terá que ser resolvida antes desta, em processo autônomo ou mediante declaratória incidental ou reconvenção se surgida após a litispendência prejudicada, acrescentamos.*¹⁰⁸

Tomando por base as assertivas acima, chegou o Prof. João Baptista Lopes, em sua obra sobre a *Ação Declaratória*, com a qual obteve o título de Doutor em Ciências Jurídicas, às seguintes conclusões:

a) a denominação questões prévias refere-se ao gênero de que as preliminares e as prejudiciais constituem espécies;

¹⁰⁷ Thereza Alvim, ob. cit., p.15.

¹⁰⁸ José Manuel de Arruda Alvim, *Código do Processo Civil Comentado*, vol. I, p. 402, apud João Baptista Lopes, ob. cit., p. 121.

b) preliminares são as questões cuja solução pode tornar dispensável ou inadmissível o julgamento das questões dela dependentes; c) prejudiciais são as questões cuja decisão influenciará ou determinará o conteúdo da questão vinculada.¹⁰⁹

As questões *pertinentes à lide*¹¹⁰ (questões prejudiciais),¹¹¹ para que se revistam da autoridade da coisa julgada, devem ser objeto de ação declaratória incidental, pois, caso contrário, serão apreciadas apenas *incidenter tantum* e poderão ser novamente discutidas em outro processos, já que não irão adquirir as qualidades da imutabilidade e da indiscutibilidade, próprias das sentenças de mérito transitadas em julgado.

A questão do domínio nas ações possessórias tem o caráter de questão prejudicial, desde que admitida sua arguição, através da "*exceptio dominii*", haja visto a influência que exerce a solução a ela dada no conteúdo do pronunciamento do mérito (acerca da posse).

Entretanto, em razão da separação entre juízo possessório e juízo petitório prevista em nosso ordenamento jurídico, não pode ser esta questão objeto de ação declaratória incidental ou de reconvenção, instrumentos dos quais se poderia valer, em tese, o réu, para atribuir *estabilidade* à decisão proferida sobre o domínio.

¹⁰⁹ João Baptista Lopes, ob. cit., p. 120.

¹¹⁰ Conforme afirmado em outras passagens deste trabalho, entende-se lide, no direito processual civil brasileiro como pedido, mérito, pretensão, afirmação de direito deduzida em juízo pelo autor, objeto do processo e não como conflito de interesses (conceito sociológico de lide elaborado por Carmelutti).

Pergunta-se à Professora Thereza Alvim se teria Buzaid, ao redigir o Anteprojeto do C.P.C., adotado ou não o conceito carneltutiano (sociólogo) de lide: Buzaid acentua que o projeto, transformado hoje em lei, só usa a palavra lide para designar o mérito da causa e, portanto, acrescentamos, o objeto litigioso (...) Assim, apesar de ter, nessa oportunidade, citado Carmelutti, parece que entente o jurista que lide, no Código, não foi empregado no sentido sociológico (ob.cit., p. 90).

¹¹¹ Cumpre-nos ressaltar, contudo, que, consoante afirma, com muita propriedade, Barbosa Moreira, as questões prejudiciais podem estar relacionadas também com as condições de admissibilidade, embora, via de regra, sejam pertinentes ao mérito (lide). Daí, inclusive, a necessidade de se dizer que não basta a existência de questão prejudicial para que seja cabível a ação declaratória incidental, devendo ser ela *pertinente à lide*.

Assim sendo, o domínio (a propriedade ou outro direito real), quando alegado em ação possessória, nas hipóteses em que se permite a oposição da *exceptio dominii*, só pode ser tratado como *questão prévia* (prejudicial) e, enquanto tal, decidido incidentalmente, sem se tornar imutável, ficando resguardada às partes, a possibilidade de rediscutirem em outro processo a quem pertence realmente o *direito à posse (ius possidenti)* dele decorrente.

Nota-se que, nesse caso, o juiz não reconhece a qualidade de proprietária da parte vencedora, mas simplesmente defere a ela a proteção possessória por haver demonstrado, com base no domínio, ser a legítima possuidora. A sentença proferida não terá por objeto a declaração do domínio, limitando-se tão-só a dispensar a proteção possessória pretendida, isto é, condenando o culpado pela ofensa a não mais molestar o legítimo possuidor (no caso o interdito proibitório), ou a cessar o esbulho ou turbação (nos outros dois casos).¹¹²

No sentido da impossibilidade de a alegação de domínio ser feita através de ação declaratória incidental, cita Renan Lotufo, assertiva feita por Ernani Vieira de Souza.¹¹³

... a alegação de domínio ou de qualquer direito sobre a coisa não pode ser feita nem mesmo através da ação declaratória incidental como à primeira vista poderia parecer, em face da redação dos arts. 5º e 325 do CPC.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÃO

Quando Clóvis Beviláqua elaborou o projeto do Código Civil, sob a visão que tinha à época, ele entendeu que deveria haver duas categorias de proteção à posse, uma com fundamento na própria

¹¹² Marcato, ob. cit., p. 113.

¹¹³ Ernani Vieira de Souza, *A incompatibilidade entre a ação possessória e a reivindicatória*, in RDCiv, 8:31 e ss., *apud* Renan Lotufo, cit., p. 701.

posse outra com fulcro no domínio. Assim, deve o possuidor ser protegido (proteção menos forte), ainda que não seja proprietário (proteção muito mais forte). São proteções distintas, que atuam em razão de direitos distintos.

Desse modo, segundo a visão daquele nobre jurista, na ação possessória, não cabe às partes discutir domínio, (são situações distintas que não se misturam). O Congresso Nacional, no entanto, à luz dos interesses que prevaleciam por ocasião da Lei nº 3.071, de 1-1-16 (sua formação quase que exclusiva de latifundiários), entendendo que o possuidor deveria ser protegido enquanto ele provavelmente fosse dono (a posse como exteriorização da propriedade, acrescentou a 2ª parte do art. 505, criando, assim, uma aparente contradição lógica entre as duas partes do referido dispositivo.

O Código de Processo Civil de 1973, repetindo a falha cometida quando da elaboração do Código Civil, estabeleceu, em seu art. 923, que, embora autor e réu fiquem impedidos de, na pendência de processo possessórios, intentar ação de reconhecimento de domínio, *não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.*

Com o advento da Lei nº 6.820/80, porém, foi revogada a 2ª parte do art. 923, supracitado, surgindo a controvérsia apontada, acerca da chamada *exceção de domínio* ou *exceptio dominii*, em vista dos disposto no art. 505 do CC - Existe, ainda, em nosso ordenamento jurídico a *exceção de domínio*? Ou melhor, pode-se, na ação possessória, alegar domínio? E, em caso de resposta afirmativa, poderá o juiz dele tomar conhecimento? E, nesse caso, sendo o domínio alegado, decidirá o juiz em favor do seu titular? Se sim, a autoridade de coisa julgada alcançará também a *questão do domínio*?

Na verdade, no processo, pode-se discutir o que quiser, levantar a questão que se desejar, ainda que impertinente. Logo, pode-se, perfeitamente, discutir o domínio, mesmo com a supressão da segunda parte do art. 923 do CPC. Em razão da

alteração legal supramencionada, não deve o órgão julgador, contudo, tomar conhecimento da questão dominial suscitada pela(s) parte(s).

Esta é a conclusão a que chegamos, mediante uma análise estritamente jurídica da matéria objeto da presente monografia. Entretanto tendo em vista que os institutos jurídicos têm um sentido, uma função e até uma meta,¹¹⁴ não se pode entender o direito desvinculado de um objetivo e de determinados valores. Nesse sentido, é preciso observar que, levando-se em conta os fatores metajurídicos que informam a tutela possessória, o mais importante deles é a proteção mediata ao proprietário. Isto porque, consoante já afirmado, segundo Ihering, a posse é a exteriorização da propriedade e dos demais direitos reais, visando as ações possessórias, em última análise, à proteção daquele que apresentar ser o proprietário.¹¹⁵

Assim sendo, analisando-se a presente questão sob um outro prisma, num plano metajurídico, apesar da rígida separação entre os juízos possessório e petitório (com a conseqüente vedação legal à oposição da chamada *exceção de domínio*), com efeito, se nenhuma das partes conseguir provar a posse e uma delas provar o domínio, tendo em vista a maior probabilidade de que o titular do domínio seja também o legítimo possuidor, esse elemento influenciará o livre convencimento do juiz. Da mesma forma, se as duas partes alegarem domínio e restar provado que ele pertence a uma delas, pelo mesmo motivo, a tendência será de o magistrado julgar a posse em favor desta.

Faz-se mister lembrar que a opinião ora expendida, no entanto, se funda em elementos que se encontram em plano diverso daquele em que se situa o presente estudo, devendo-se, portanto, ao interpretá-la, ter em mente que os fenômenos jurídicos comportam inúmeras abordagens, segundo diferentes critérios,

¹¹⁴ Valemo-nos, aqui, das palavras utilizadas pelo Professor Arruda Alvim, quando da apreciação, em aula (27-4-95), do esboço de monografia por nós apresentado.

¹¹⁵ Na normalidade das coisas, o possuidor é o proprietário, embora o próprio Ihering tenha admitido, em uma de suas obras, que a tutela da posse pode voltar-se contra este. Trata-se, porém, de uma anomalia ...

não apenas jurídicos, ultrapassando, por conseguinte, a posição ora defendida, os limites de uma abordagem estritamente jurídica, motivo pelo qual deve ser considerada com ressalvas.

Tendo em vista que o processo é informado pelo Princípio da Adstrição do Julgamento ao Pedido, nos termos dos arts. 128 e 460 do CPC, embora as partes possam discutir à vontade, ao juiz só é permitido decidir sobre o pedido. Sendo o pedido possessório, o magistrado só decidirá, com *força de lei* (art. 468 do CPC), sobre a posse e, ainda que a comprovação do domínio influencie o livre convencimento do juiz, isso não poderá integrar, sequer, a motivação da sentença, sob pena de infração à lei, nem a *fortiori* o seu *decisum*.

Conforme afirmado em inúmeras passagens da presente monografia, a interpretação que tem sido dada por parte da doutrina e da jurisprudência é nesse sentido: se o autor pede a posse com fundamento no domínio e o réu se defende, alegando ser ele o dono da coisa litigiosa, ou seja, se a discussão se restringe ao domínio (causa de pedir), o juiz dará a posse a quem provar que é dono, (motivação da sentença, que não extrapola os limites do processo). O pedido, porém, é a posse e somente sobre esta pesará a força da coisa julgada material.

Na ação possessória, v.g., ação de reintegração, o autor pede a posse porque é possuidor, isto é, discute-se a posse pela posse (*ius possessionis*), independentemente de quem seja o dono (direito de posse). Na ação petítória ou dominial, v.g., ação reivindicatória, de outro lado, o autor pede a posse porque é proprietário, ou seja, discute-se a posse pelo domínio (*ius possidendi*), sendo necessária a comprovação do domínio (direito à posse ou posse jurídica).

O juízo petítório ou dominial abarca o juízo possessório, mas a recíproca não é verdadeira. Assim, solucionada a questão dominial, perde o autor desta o interesse na propositura de ação possessória, de outro lado, proposta a possessória, pode, em tese, o titular do domínio propor ação petítória, entretanto o pedido veiculado nesta não será apreciado enquanto não for julgada, com *força de lei* (coisa julgada), a posse.

Em virtude da conclusão acima, não cabe, em ação possessória, ação declaratória nem reconvenção fundada em domínio, de vez que, nestas, há pedido e o pedido dominial só pode ser apreciado após o pedido possessório ter sido julgado. Desse modo, o domínio, se discutido e decidido no juízo possessório, apenas poderá sê-lo *incidenter tantum*, sem que incida sobre ela a coisa julgada material.

Em que pese a relevância de todos os aspectos supra-referidos, relativos à questão da separação entre petitório e possessório, não se pode, no entanto, olvidar que o escopo, por excelência, desta separação, o objetivo maior da doutrina e da jurisprudência, ao se preocuparem com o estudo da matéria, objeto do presente trabalho monográfico, não é outro senão proteger a posse, enquanto fenômeno distinto da propriedade (e nem sempre dela decorrente), e, acima de tudo, privilegiar as ações possessórias face às petitórias, por permitirem uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional *rapidez e utilidade*.¹¹⁶

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO, Manoel. *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, vol. I, Borsch Barcelona, 1974.

ALLENDE, Guillermo. *Panorama de Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967.

ARRUDA Alvim, José Manoel de. *Breves Anotações de uma Teoria Geral dos Direitos Reais*, in Posse e Propriedade, coord. Yussef Said Cahali, Saraiva, São Paulo, 1987.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 2ª ed., RT, São Paulo, 1992.

_____. *Tratado de Direito Processual Civil*, 2ª ed., vol. I, RT, São Paulo, 1990.

¹¹⁶

Foram estas as expressões utilizadas pelo Professor Arruda Alvim, em aula expositiva, proferida no dia 23-3-95.

- _____ e ARRUDA Alvim, Teresa. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, 4ª ed., RT, São Paulo, 1991.
- ARRUDA Alvim, Teresa. *Nulidades da Sentença*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1990.
- ARRUDA Alvim, Thereza Celina Diniz de. *Notas sobre alguns pontos controvertidos da ação rescisória*, in *Revista de Processo* nº 39.
- _____. *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, 1ª ed., RT, São Paulo, 1977.
- BARBOSA Moreira, José Carlos. *Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres)*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.
- _____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- _____. *Temas de Direito Processual*, 4ª série, Saraiva, São Paulo, 1989.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1956.
- BOLONHINI JUNIOR, Roberto. *A posse segundo a teoria de Rudolf Von Ihering e o Código Civil Brasileiro*, in *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP*, nº 1, Max Limonad, São Paulo, 1995, p. 179.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, 2ª ed., Aide, Rio de Janeiro, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, trad. J. Guimarães Menegale, acomp. notas por Enrico Tullio Liebman, Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia, São Paulo, 1943.
- DAIBERT, Jefferson. *Direito das Coisas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, São Paulo, 1995.

- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Breve análise sobre o usufruto de imóveis no Código de Processo Civil*, in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP, nº 1, Max Limonad, São Paulo, 1995, p. 71.
- ENNECCERUS, L. *Derecho Civil*, s/edição, editora, local e ano.
- _____. *Tratado de Derecho Civil de Cosas*, vol. II, por Martin Wolff, trad. e adaptação à legislação e jurisprudência espanholas, Blas Pérez Gonzáles e José Alguer Bosch/Casa Editorial, Barcelona, 1937.
- FIGUEIRA JR. Joel Dias. *Posse e Ações Possessórias*, vol. I, 1ª ed., Juruá, Curitiba, 1994.
- FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*, vols. I e II, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994.
- GATTI, Edmundo. *Teoria General de los Derechos Reales*, 3ª ed., Abelardo-Perrot, Buenos Aires.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, em comentário ao Código Civil Português, 2ª ed., vol. III, tomo II, anotado por Anácio Rebouças, Max Limonad, São Paulo.
- GUIMARÃES, Jackson Rocha. *A Exceção de Domínio nas Ações Possessórias*, in RT-627/30.
- HEDEMANN, J. W. *Derechos Reales*, vol. II, trad. José Luis Diez Pastos e Manuel Gonzales Enriquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- IHERING, Rudolf Von. *O Fundamento dos Interdictos Possessórios*, trad. Adherbal de Carvalho, 2ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1908.
- JOSSERAND, L. *Derecho Civil*, vol. 3, Tomo I, Bosch e Cia, Buenos Aires.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires (trad. dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente por Ada Pellegrini Grinover), 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984.

- LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*, 3ª ed., RT, São Paulo, 1991.
- LOTUFO, Renan. *Da Exceção de Domínio no Direito Possessório Brasileiro*, in *Posse e Propriedade*, coord. Yussef Said Cahali, Saraiva, São Paulo, 1987.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 1994.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. 2, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito das Coisas*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1966.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*, vols. I e II, Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e legislação em vigor*, 12ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.
- _____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 24ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993.
- NERY JÚNIOR, Nélson. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*, 1ª ed., RT, São Paulo, 1994.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 1ª ed., RT, São Paulo, 1992.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*, 3ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1940.
- PINTO, Nelson Luiz. *Sobre usucapião (parecer)*, in *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC/SP*, nº 1, Max Limonad, São Paulo, 1995, p. 101.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito das Coisas*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1972.

- SALEILES. *La Posesión*, trad. J. M. Navarro de Palencia, Librerie General de Victoriano Suarez, Madrid, 1909.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. II, 2ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993.
- SOUZA DINIZ. *Código Civil Alemão*, Dist. Record Ed., Rio de Janeiro, 1960.
- _____. *Código Civil Italiano*, Dist. Record Ed., Rio de Janeiro, 1961.
- TRABUCCHI, Albert e CIAN, Giorgio. *Commentario Breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1981.

ANEXO I

JURISPRUDÊNCIA

a) Inadmissibilidade de alegação de domínio em sede de ação possessória

POSSE - INADMISSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE DOMÍNIO - ALCANCE DA LEI nº 6.820/80 - Ao eliminar a segunda parte do art. 923 do CPC, a Lei nº 6.820/80 revogou, por igual, a parte final do art. 505 do Código Civil - O esbulhador deve, antes de mais nada, restituir. Esta norma deve informar a decisão da lide em sede possessória.

A questão encontra-se superada nesta Corte, ou seja, descabe a alegação de domínio em sede possessória. Esta postura, a melhor afinada com a natureza dos interditos, ainda se reforça com a nova redação dada ao art. 923 do CPC, do qual se expungiu a parte final. A Lei nº 6.820, eliminando a disposição final do artigo, implicou em revogação do art. 505, parte final do Código Civil (...). A fenda aberta nesta postura pelo dito Assento, e mantido entre nós pelo art. 505, parte final, do Código Civil, está, a meu sentir, fechada pela nova redação dada ao art. 923 do CPC pela Lei nº 6.820 (...). A questão de propriedade, que aqui não se decide, apenas se soluciona na via adequada (...). Não há dúvida de que há uma ameaça à posse do apelado sobre o veículo, objeto

da ação. No entanto, a propriedade do mesmo deverá ser apurada no amplo campo da ação petitória, quando então decidirá sobre o seu domínio. (Apelação Cível nº 20.153 - Tribunal de Alçada de Minas Gerais - Rel. Juiz Cunha Campos - j. 23-3-82).

Possessória - Ação fundada em domínio - Inadmissibilidade - Título que confere direito à posse, mas não à situação fática que interessa à demanda - Impossibilidade de a *exceptio dominii* orientar a definição do litígio - Liminar cassada - Aplicação do art. 505 do CC e da Súmula 487 do STF. (1º TACivSP -RT-671/116).

Possessória - Intervenção de terceiro - Oposição objetivando à reivindicação do imóvel baseada apenas em domínio - Descabimento - Incompatibilidade entre a petitória e a possessória, inexistindo, portanto, conexão - Inteligência dos arts. 505 do CC e 923 do CPC e da Súmula 487 do STF - Declarações de votos vencedores e vencido (TAMG). (RT-644/148).

Possessória - Proteção que independe da alegação do domínio - Possibilidade de ser exercitada até mesmo contra o proprietário se comprovada a posse antiga - Inaplicabilidade do art. 505, segunda parte, do CC. (TJMS - RT-671/166).

Possessória - Ação fundada em título de domínio - Usucapião do mesmo imóvel intentado posteriormente pelo autor - Inadmissibilidade - Proibição pela regra do art. 923 do CPC, que revogou o art. 505 do CC - Alcance do referido dispositivo processual - Trancamento da segunda ação até a decisão da primeira. (TJMG - RT-617/176).

Possessória - Reintegração de Posse - Reconvenção a ação negatória de servidão de passagem - Inadmissibilidade - Incompatibilidade de procedimentos - Inexistência de conexão entre a ação petitória e a possessória - Causa de pedir e objeto diversos - Inteligência dos arts. 315 e 923 do CPC. (TAMG - RT-616/179).

Processual Civil - Pleito possessório - Exceção de domínio - Não se admite, em pleito possessório, a exceção de domínio, posto que a Lei nº 6.820/80, ao alterar a redação do art. 923 do CPC, revogou a parte final do art. 505 do Código Civil e,

expressamente, proibiu pedido dominial no curso de ação possessória. (Resp. 32.467-5 - MG - Rel. Min. Dias Trindade - RSTJ 63/348).

Possessória - Domínio - Alegação de sua titularidade na pendência da ação - Inadmissibilidade - Exegese dos arts. 923 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 6.820/80, e 505 do CC e da Súmula 487 do STF. (5ª C. - 1º TACivSP - 9.9.81 - JTACSP-72/246).

Possessória - Ação reivindicatória intentada no curso de ação de interdito proibitório - Infringência do art. 923, *caput*, do CPC - Inadmissibilidade - Pressuposto processual negativo. (2ª C. TJMT - 17-11-81 - RT-565/170).

Acumulação de possessório e petitório - Na mesma instância, não se podem acumular o possessório e o petitório. Ajuizada uma ação de força velha espoliativa e transitada com esse caráter até sentença final, não pode o juiz, julgando-a improcedente como possessória, dela conhecer e nela decidir como reivindicatória. (Rel. de Minas - Rev. Forense, vol. XXXII, p. 163, vol. XXXV, p. 428).

Exceção de domínio - Considerar uma sentença, que os documentos de que fez derivar a posse dos AA., são destituídos de valor jurídico à vista dos arts. 684, § 2º, e 686 do reg. 737, equivale a negar os ditos AA. o domínio, cuja discussão é impertinente em ação de posse, fato que se prova por testemunhas. (Rel. de Minas - Rev. Forense, vol. XIX, p. 318).

Usucapião - Propositura na pendência de possessória - Suspensão decretada - Art. 265, IV, "a", do CPC - A formulação é um tanto imprecisa, e parece mesmo que se evitou utilizar o termo Juízo petitório, preferindo-se o proibir o exercício das ações que tenham por finalidade o reconhecimento de domínio. Não ficam excluídas quaisquer outras controvérsias que tenham por finalidade a restituição da coisa, desde que não envolvam reconhecimento de domínio. (7ª C. Civ. - TJSP - j. 6-6-84 - maioria - RJTJSP-91/293).

b) Admissibilidade de exame do domínio em sede de ação possessória:

Exceção de domínio - A *exceptio proprietatis* (Código Civil, art. 505) tanto pode ser alegada pelo réu como pelo autor, na lide possessória" (Trib. de Santa Catarina - Rev. Forense, vol. XXXVII, p. 305).

Possessória - Reintegração de posse - Domínio - Exame dessa matéria - Admissibilidade - Art. 505 do Código Civil - Recurso não provido. (1º TACivSP 95/171).

b.1) Posse disputada a título de domínio:

Possessória - Manutenção de posse - Oposição fundada em domínio e posse - Admissibilidade - Possibilidade de o oponente formular pedido mais amplo - Hipótese, ademais, em que o autor e réu também disputam a posse a título de propriedade - Inteligência e aplicação dos arts. 56 e 923 do CPC e 505 do CC.

Não há por que negar-se ao oponente, em ação possessória a defesa fundada em domínio, pois a este é facultado pedido com maior amplitude, podendo postular a coisa ou o direito sobre que se controverte. Tanto mais se *as partes na possessória disputam a posse também a título de propriedade*, havendo compatibilidade entre o possessório e o petitório (Ap. 376.241 - 3ª C. - 1º TACivSP - j. 8-12-87 - rel. Juiz Ferraz Nogueira - RT-627/139).

Possessória - Exceção de domínio - Exegese do art. 505 do CC - Não obstante a Lei nº 6.820/80 ter revogado a segunda parte do art. 923 do CPC, que tratava da exceção de domínio, o instituto jurídico da *exceptio proprietatis* continua em vigor através do art. 505 do CC. Na verdade a mencionada lei veio apenas suprimir do Código Buzaid a *exceptio dominii*, que é instituto eminentemente de Direito Material. Inadmissível seria qualquer interpretação em sentido contrário, pois se estaria banindo a exceção de domínio do nosso sistema normativo. O exegeta da lei deve ser cauteloso para então alcançar, com a interpretação, a vontade da norma jurídica e sua finalidade perseguida, norteando-se sempre pelo seu verdadeiro significado e objetivo. Ademais, é princípio geral de Direito: *posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint* (as leis posteriores constituem prolongamento das anteriores, se entre elas antagonismo não há). Não se pode dizer que exista incompatibilidade entre o art. 923 do CPC - com a nova redação -

e o art. 505 do CC, pois o primeiro é norma de natureza formal e o segundo de natureza substantiva. Excepcionalmente, julga-se favoravelmente a posse a quem evidentemente pertencer o domínio *somente quando o exercício de poder fático sobre a coisa é duvidoso ou a lide é discutida em razão da propriedade*. Assim, se o autor não prova sua posse, mas apenas o domínio, e o réu, através de harmônica prova testemunhal e documental, demonstra de forma cabal ser o verdadeiro possuidor, mister se faz que o pedido seja julgado improcedente” (Ap. Cível nº 19.946 - Ac. unân. da 2ª C. - rel. Des. Ernani Ribeiro).¹¹⁷

Possessória - Reivindicação proposta na sua pendência - Admissibilidade - Discussão, nesta, somente do poder de fato sobre a coisa, sem invocação de domínio - Hipótese em que não incide a proibição do art. 923 do CPC, que só se refere a possessórias em que a posse seja disputada a título de domínio - Extinção do processo afastada. (TJSP - RT - 650/67).

Possessória - Manutenção de posse - Deferimento a um condômino em detrimento de outro - Decisão que não viola o art. 153, § 22, da CF - Ação em que apenas se aprecia a relação de fato da pessoa com a coisa - com posse não provada - Reexame dos fatos em grau de recurso extraordinário inadmissível - Exceção de domínio inviável por não haver concorrência entre títulos dominiais - Divergência com a Súmula 487 não caracterizada - Recurso não conhecido - Inteligência do art. 505 do CC. (STF - RT-638/226).

Possessória - Manutenção de posse - Oposição fundada em domínio e posse - Admissibilidade - Possibilidade de o opoente formular pedido mais amplo - Hipótese, ademais, em que autor e réu também disputam a posse a título de propriedade - Inteligência e aplicação dos arts. 56 e 923 do CPC e 505 do CC” (1º TACivSP - RT-627/139).

Possessória - Manutenção de posse - Transformação em reintegração - Invocação de domínio por autor e réu - Ação

¹¹⁷ ADCOAS, Boletim de Jurisprudência nº 95.677.

Manutenção de posse - Disputa com base em domínio - Melhor título - Ônus da prova. se as partes disputam a posse com base no domínio, prepondera a quem, evidentemente, apresenta melhor título. (2ª C. Civ. - TAPR - 2-12-81 - RT-560/208).

Ação possessória - Exceção de domínio - Em princípio, a exceção de domínio descabe nas ações possessórias, pois a posse é independente da propriedade e a defesa possessória foi criada para evitar as complexidades e percalços da questão petitória. Mas nem por isso deixa de aplicar-se em casos especiais como exceção ao princípio, quando as partes disputam a posse exclusivamente como proprietários e o domínio é fundamento único do debate possessório. O exame do domínio não é vedado nessa hipótese, nem o é, quando se torna indispensável à verificação do caráter da posse. (Ac. unânime da 2ª Turma do STF, de 20-VII-48, no agr. nº 13.592, rel. Min. Orozimbo Nonato - Revista Forense, vol. 121/114).

Exceção de domínio - Aquele a quem se nega a posse tem a faculdade de não se dar por esbulhado e propor a ação de manutenção de posse. A disposição do último período do art. 505 do Cód. Civil só tem cabimento quando dois litigantes pretendem posse, alegando domínio. Neste caso, é muito justo que se reconheça a posse àquele a quem evidentemente pertence o domínio. (Rel. de Minas - Rev. Forense, vol. XXXVII, p. 50).

b.2) Posse duvidosa de ambos os litigantes:

Possessória - Posse duvidosa de ambos os litigantes - Hipótese em que a demanda se soluciona pelo aspecto dominial, não se julgando a posse em favor daquele que não tem o domínio. (TJSC - RT-679/164).

Possessória - Reintegração de posse - deferimento a favor de quem não detém do domínio - Admissibilidade - Inaplicabilidade da segunda parte do art. 505 do CC que, se não revogado pelo art. 923 do CPC, só seria invocável quando duvidosa a posse de ambos os litigantes e um deles detivesse o domínio evidente. (1º TACivSP - RT-632/141).

Possessória - Exceção de propriedade - Condições de Admissibilidade - Acessões de boa-fé - Direito de Indenização. A exceção de propriedade só é admissível se a posse em si mesma é duvidosa, por não haver qualquer dos litigantes logrado comprová-la cabalmente em seu favor e se ambos contraditores disputam a posse como donos, isto é, invocam a propriedade como fundamento de sua posse. (TAMG - Ap. Civ. 17.521 - Belo Horizonte - j. 17-6-81 - RT-568/176).

Possessória - Reintegração de posse - Dúvida sobre a posse - Decisão a favor de quem tem o domínio sobre a área - Recurso não provido. (1º TACivSP 96/125).

Exceção de domínio - Nesta ação só se discute a posse; a questão de domínio é alheia ao litígio, desde que não se verifica a hipótese, em que ela poderia ser tomada em consideração, isto é, a de ser duvidosa a posse de ambos os litigantes, caso em que deve-se reconhecê-la em favor daquele cujo domínio esteja melhor averiguado. (Rel. de Minas - Rev. Forense, vol. II, p. 367)".

Possessória - Reintegração - Posse duvidosa - Títulos dominiais confusos - Inteligência do art. 505 do CC - Ação improcedente. É certo que, sendo duvidosa a posse, a questão pode ser decidida através dos títulos dominiais. Entretanto, não sendo evidente o domínio de nenhum dos litigantes, por não apresentarem títulos escorreitos, é impossível decidir-se a controvérsia sob o aspecto do domínio. (1ª C. Civ. - TJSC - 17-11-78, RT-524/203).

c) Coisa julgada:

Ação possessória - Questão do domínio - Coisa Julgada - A sentença proferida em ação possessória não constitui coisa julgada em relação ao domínio, não impedindo, por isso, a ação a este relativa. (Ac. das Câms. Reun. do Trib. do Rio de Janeiro, de 27-7-49, na rev. nº 10, rel. Des. Tobias Dantas).

Ações possessórias - (...). As sentenças proferidas em ações possessórias deixam sempre salvo o domínio. (Ac. de 13-IX-1896 e 23-II-1897 - Rev. Forense, vol. V, p. 233, Rev. Jur., p. 136).¹¹⁸

ANEXO II

LEGISLAÇÃO COMPARADA

1 - DIREITO FRANCÊS

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 25. Nunca serão cumulados o possessório e o petitório.

Art. 26. Ao autor, no petitório, não é mais permitido agir no possessório.

Art. 27. O réu, que decaiu no possessório, pode agir no petitório, mas somente depois que tiver satisfeito as condenações contra ele pronunciadas.

2 - DIREITO ITALIANO

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 704. Domande di provvedimento possessorio nel corso di giudizio petitorio. Ogni domanda relativa al possesso, per fatti che avvengono durante la pendenza del giudizio petitorio, deve essere proposta davanti al giudice di questo ultimo.

Può essere tuttavia domandata al pretore la reintegrazione del possesso; in tale caso il pretore dà i provvedimenti temporanei indispensabili e rimette le parti davanti al giudice del petitorio.

¹¹⁸

As ementas transcritas foram extraídas das seguintes obras: Tito Fulgêncio, da *Posse e das Ações Possessórias*, vol. II, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994, pp. 17-23 e 213-215; Yussef Said Cahali, *Posse e Propriedade*, cit., pp. 709-730; Revista dos Tribunais, nº 579 ao nº 698 (1984/1993).

Art. 705. Diveto di propore giudizio petitorio. I convenuto nel giudizio possessorio non può proporre giudizio petitorio, finché il primo giudizio no sia definito e la decisione non sia stata eseguita.

Il convenuto può tuttavia proporre il giudizio petitorio dimostra che l'esecuzione del provvedimento possessorio non può compiersi per fatto dell'attore.

3 - DIREITO ALEMÃO **CÓDIGO CIVIL**

§ 861. (Ação contra a privação da posse)

Se o possuidor for privado da posse por via de fato ilícito, poderá pedir a reintegração nela àquele cuja posse, em relação a ele, é viciosa.

A pretensão está excluída quando a posse subtraída tenha algum vício, ante o atual possuidor ou o seu antecesor jurídico, e tenha sido adquirida no ano anterior imediato à espoliação.

§ 862. (Ação contra turbção da posse)

Se o possuidor for turbado na posse por via de fato ilícito, poderá exigir a cessação da turbção. Se houver motivo para temer novas turbções, poderá o possuidor propor ação proibitória.

A pretensão está excluída quando o possuidor tiver uma posse viciosa ante o turbador ou seu antecessor jurídico, e a posse tiver sido adquirida no ano anterior à turbção.

§ 863. (Exceções admissíveis)

Contra as pretensões estabelecidas nos §§ 861 e 862, só pode ser feito valer um direito à posse, ou à execução de atos de turbção, com fundamento na afirmativa de que o esbulho ou turbção da posse de que se trata não constituem vias de fato ilícito (força própria proibida).

4 - DIREITO PORTUGUÊS

CÓDIGO CIVIL

Art. 487. Se o possuidor for esbulhado volentemente, tem direito a ser restituído, sempre que o requeira, dentro do prazo de um ano; nem o esbulhador será ouvido em juízo, sem que a dita restituição se tenha efetuado.

Art. 489. Se a posse tiver durado por mais de um ano, será o possuidor sumariamente mantido ou restituído, enquanto não for convencido na questão da propriedade.